

JACOBI MÆSTERTII, J.C.
De
IVSTITIA
ROMANARUM
LEGUM
LIBRI DUO

Repetitæ prælectionis.

ACCEDUNT

DISSERTATIONES
DUÆ

Eodem Auctore



LVGDVNI BATAVORVM,

Ex Officinâ NICOLAI ROSÆ, Anno CIↃ IↃ XLVII.

AD LECTOREM.

CVm apud animum meum constituissem quasdam ex lucubrationibus meis publici juris facere, cœpi cogitare an non ea, quæ de Justitia Romanarum legum *antehac sub nomine meo edita sunt, resumere & pleno fini tradere expediret. Videbam illa, quia aliis curis ipse tunc detinebar, pluribus, quam in opere tam exiguo par erat, vitiis typographycis laborare, quæ, quia in aliquibus locis obscuram orationem reddebant, nonnullis ansam tribuêre de aliquibus dubitandi; quipræterea moveri poterant, cum ex conciso stylo, tum quia nulla aut admodum pauca, ex iis quæ opponi poterant, argumenta dissoluebantur. Accedebat suspicio quorundam quibus magis contra jus Canonicum, quam pro Civili Romanorum scripsisse videbar, quam ægrè admodum tuli; utpotè qui juris Canonici majestatem labefactare nunquam in animo habui: quod si, cum pro jure civili certabam, verbulum subinde exciderit, quod in pejorem partem detorqueri posse videbatur, illud statim nec cogitatum nec scriptum volui. Porrò præter ea quæ posueram*

fueram multa superesse credebantur, ex quibus Jurisprudentia Romana adhuc impugnari posset. In omnem eventum nimis brevis apud omnes audiebam ubi de natura, vi ac efficacia pactorum contractuumque innominatorum differebam. Quæ omnia me impulerunt ut sub eodem titulo: nempe de Justitia Romanarum legum *hoc opus prodire paterer, in quod, præter ea quæ antea edita erant, omnia & singula sive dubia, sive quæ cum aliquo specimine objici argumenta possent, conferrem; nequidem iis omissis quibus vel imbecilliora ingenia abripi possent: ut ex eorum resolutione tanto melius de veritate & intentione meâ constare posset. Sed hoc alio prorsus quam antea ordine atq; methodo à me præstitum est; ut non immeritò novum hoc opus & à priori longè diversum videri queat. Quam etiam ob caussam, & ne ulla confusio oriatur, priorem editionem (quam nec ipse unquam citavi aut usus sum) prorsus respuo: & (quod Imp. Justinianus in edendo Codice suo etiam voluit) posteriorem hanc duntaxat agnosco & in eâ (quod ad materiam hanc pertinet) plane acquiesco.*

JA-

JACOBI MÆSTERTII J. C.

DISSERTATIONES DUÆ

Quarum prima

DE ARTIFICIO DISPUTANDI JURIDICE

ALTERA

DE IMMINUENDO LABORE STUDII JURIDICI.



LUGDUNI BATAVORUM,

Ex Officinâ NICOLAI ROSÆ, Anno CIↃ IↃ.XLVII.

JACOBVS MÆSTERTIVS
J. C.

Nobili atque generoſo Domino

D. JOANNI CAROLO vander NEESEN,

Cognato ſuo

Duas haſce Diſſertationes

Dedicat conſecratque.

JACOBI MÆSTERTII I. C.

DE

ARTIFICIO DISPUTANDI JURIDICE, DISSERTATIO.

PRINCIPIUM

De utilitate disputationis.

NIHIL est utilius neque jucundius humano ingenio, dum ad perfectam ſolidamque alicujus ſcientiæ cognitionem adſpiraverit; quam ſi, præceptionibus utcunque delibatis, in earum uſu diligenter exerceatur : cum enim humana mens obſcuritate corporis ſit hebetata, ingenium ex certis quibuſdam, probèque cognitis, progreditur ad ſtatuendum id ſuper quo dubitabat, & ita veritas è tenebris ac verborum involucris, remoto tum falſo, tum ambiguo & incerto, in lucem producitur.

Duris ut ilex tonſa bipennibus
Nigræ feraci frondis in algido
Per damna, per cædes, ab ipſo
Ducit opes animumque ferro.

Idque vel tacitâ cognitione ac mentis veluti diſcurſu, vel cum alio per diſputationem: ſed longè diſſimili fructu. Ut enim con

cedam ratiocinationem ſolitarem virum quidem ſapientem facere, non tamen facit artificem. Exercitium languens eſt & debile, quod non calefacit: verùm cum alio ſuſcepta diſputatio docet ſimul & exercet. Præcipuè ſi is ſit fortis & rigidus, qui nos premit, & tam à dextris quam ſiniſtris ſtimulat: tunc enim imaginatio ipſius excitat noſtram: urgent contentio, zelus, ac gloria, & extra nos ipſos efferunt: ita ut eò ſimul facilè pervenire poſſimus, quò ſinguli nunquam poteramus. Omnis propemodum docendi diſcendique forma apud Athenienſes in diſputatione conſiſtebat. Neque veteres Juriſconſulti ullum in hunc uſque diem ſibi parem reperiunt, eoquod nos nunquam aut rarò; ipſi autem continuò decertabant. Hanc ob cauſam primùm Imperator Auguſtus eorum ſententiis vim legis tribuit, quia non niſi undequaque examinatæ & agitatæ prodibant; ita ut arrogantiæ reus fuiſſet judex, ſi ab iis receſſiſſet. Nec alia videtur ratio cur Galli magnâ vivacitate ingenii vulgò pollent: quoniam in familiari colloquio à primâ Juventute diſputare diſcunt: Exeuntes, intrantes, negotiantes, calculum cum hoſpite ſuo ineuntes altercantur & litigant: atque ita imbuuntur habitu quo ſe ab omni difficultate queant expedire.

§. PRIMVS.

Liberè & seriò diſputandum eſſe.

IUvat Nationem non parùm genuina libertas: Nihil enim æque gratum eſt in concertationibus, quam quod utraque pars ſe liberè & ingenuè exprimat: quod eant verba, quò vadit cogitatio. Inquiſitio veritatis difficilis eſt, inſtitui debet cum ſocio virili, qui ſeriò monet & ſibi placet in vigore commercii

mercii ſui,ſicut amor in morſibus.Imò connivendum aliquando, ſi monens erraverit; ut ita per cedendi facilitatem corrigendi & inſtandi libertas nutriatur. Imaginatio mea mihi toties contradicit atque condemnat; ut jam nihil interſit, ſive ego meipſum,ſive alius corrigat. Quod tamen multis difficulter admodùm perſuaderi poteſt : qui non habent animum reprehendendi & audacter inſtandi,quia non habent animum patiendi reprehenſionem,ſed ſimulant cum opponunt,& timentes offenſionem, ſibi formant inceſſus impeditos & coactos. Nullum eſt ex omnibus vitiis, quod æque ac hæc timiditas teſtatur inertiam & animi abjectionem : prorſus enim ſervile & ignavum eſt ſeſe ſic alterare & ſub larva tegere,nec audere pectus exponere ut cognoſcatur. Non debet generoſus animus ementiri cogitationes ſuas,ſed illas uſque ad intimas exhibere. Non volo ut ſemper totum, quod quis mente ſuâ concipit,dicatur, atque tali modo animum in linguâ geſtet : ea enim inſignis ſtultitia eſſet;ſed ut illud quod cogitat,& ad propoſitum facit, propter nullum reſpectum reticeat, ne ſit in eo malitia. Ariſtoteles exiſtimat magnanimitatis officium, odiſſe & amare palam, judicare ac loqui cum omni libertate, & in gratiam veritatis approbationem, aut improbationem alterius, parvi facere. Quantum ad me ſpectat eorum quæro conſortium, qui me rigide & viriliter excipiunt, neque mihi, ſed evidentiæ ratiocinationis meæ cedunt. Futilis & perniciosa recreatio eſt cum iis habere commercium, qui nos admirantur nobiſq; locum aperiunt. Æquiori animo importunum & indiſcretum argumentantem fero, quam ſimulatorem qui ſe non audet exprimere : præcipuus enim fructus, quem ex Philoſophiâ ſe percepiſſe dicebat Ariſtippus, ille eſt, quod cuique liberè & apertè loqueretur. Non moveri debet defendens per argumentantis dignitatem;accidit enim inquit Thucidides,ut eam

ſimpliciores potiùs quàm acutiores conſequantur. Summi Principes ſæpius ſummis imperiis præfuerunt; at idem ſæpiſſimè mulieribus, infantibus, dementibus contigit. Proſper rerum ſucceſſus debile teſtimonium noſtri pretii & capacitatis præbet: non enim adſcribendum prudentiæ, quod eſt fortunæ munus. Si redarguat opinionem noſtram vir alicujus ordinis, attendamus quid adferat, quo jure, quâve ratione reſiſtat: loquenti omnis inclinatio & ſubmiſſio debita eſt, exceptâ judicii: ipſi noſtra genua flectamus, non rationem: illa enim cœleſtis auræ particula eſt; at auctoritas infirmitate humanâ ut plurimùm ſubſiſtit. Si viderim hominem magnis auctum honoribus & præmiis, quem à pauco tempore cognoverim hominem nihili, inſenſibiliter opinioni meæ quædam habilitatis imprimitur imago, mihique perſuadeo, quod creſcente ipſius dignitate, creſcat quoque ipſius meritum.

——— Vt quiſque fortunâ utitur.
Ita præcellet, atque exinde ſapere illum omnes dicimus.

§. SECVNDVS.

Arrogantiam & obſtinationem in diſputationibus vitandas eſſe.

VItandum tamen moleſtum illud arrogantiæ vitium, quod in ſe ipſo omnem habet ſpem, omnem fiduciam, inimicum capitale veritatis & diſciplinæ. *Nihil eſt* (inquit Cicero) *turpius, quam cognitioni & præceptioni aſſertionem approbationemque præcurrere.* Ariſtarchus dicebat quod olim vix ſeptem ſapientes reperirentur; ſuo autem tempore vix ſeptem ignorantes. Quid ego dicam de hoc ſeculo, quo omnes per arrogantiam omnibus ſumus ſapientiores? Ceciderit ille centies

ties

ties in terram; ipsi millies satisfeceris: Ecce iterum insurgit cum suis *Ergo* tam integer, quam unquam: diceres ipsi infusam esse novam quandam animam & ingenii vigorem, ac contegisse quod olim terræ filiis.

——— qui cum tetigêre parentem
Iam defecta vigent renovato robore membra.

Mirum est illam stultitiæ speciem sibi ipsi magis, quam ulla ratio ipsi placere potest. Neque minus dolendum, quod prudentia vetat quominus nobis ipsi satisfaciamus, aut de conceptibus nostris securi simus; sed econtrario nos demittat malè contentos ac timidos. ubi obstinatio & temeritas adversarios nostros confirmant; ita ut ex hilari facie & gestu reduces gloriosi & alacres appareant. Quod magis est, illa linguæ petulantia & faciei compositio dant ipsis sæpè victoriam apud assistentem turbam, quæ communiter infirma est & expers benè judicandi. Verumtamen non debet hoc vitium per contestationem traduci, sed ubi semel iterum-ve quidquid oppositum est dissolveris, de cætero securus esto: si non multum lucratus fueris, nihil etiam perdidisti: vix reperitur mercator qui semper quæstum facit. Vulgum non est quod cures.

Virtus repulsæ nescia sordidæ.
Intaminatis fulget honoribus:
Nec sumit aut ponit secures
Arbitrio popularis auræ.

Sumimus ex universo populo rerum & legum peritissimos, ut de fundo aut finibus judicent; ingenium autem nostrum cognitu difficillimum committimus examini turbæ, quæ ignorantiæ & inconstantiæ mater est. Tibi-ne æquum videtur ut ratiocinatio sapientis dependeat de judicio stultorum? Quid insanius (ut cum Æliano loquar) *quam, quos singulos contemnas, eos aliquid putare esse universos?* Quicunque vulgo placere studet

det nunquam finem inveniet. Jucunde dixit Demetrius ſe non magis in vulgo curare vocis ſonum, quam ventris crepitum. Et doctè Marcus Tullius. *Ego hoc judico, ſi quando turpe non ſit, tamen non eſſe non turpe, quum id à multitudine laudetur.* Nulla ſolertia nos comitari, nulla nos beare prudentia, nulla circumſpectio poterunt, cum Ducem ſequimur tam exorbitantem & irregularem: aut ad ſcopum tam fluctuantem & vagabundum collimamus.

§. TERTIVS.

Concertandum eſſe placido ac ſedato Judicio.

NOn poteſt exercitium hoc inſtitui fructuoſius, quam ſi placido ac ſedato Judicio certemus, procul à graviori mentis perturbatione: violentia enim deſiderii plus impedit ad exequendum id quod ſuſcipitur, quam prodeſt. Urget impatientia ob eventus aut tergiverſantes, aut contrarios. Nullus benè rem exequitur, à qua ipſe poſſidetur.

—— male cuncta miniſtrat
Impetus.

Illa enim aſpera emotio ſtatim quatefacit animum, & in membris format geſtus indiſcretos & incompoſitos.

Mugitus veluti cum prima in prælia taurus
Terrificos ciet, atque iraſci in cornua tentat
Arboris obnixus trunco, ventoſque laceſſit
Ictibus, & ſperſa ad pugnam proludit arena.

Veritas non affectuum ſed rationis filia eſt; ſcilicet argumenmentis & rationibus allatis in lucem eruitur, non partium ſtudio, irâ, odiis, contumeliis. Imbecillium hominum eſt pro telo convicium vibrare. ac certum inſcitiæ aut malæ cauſſæ ſignum, non temperare affectibus. Quid

Quid boni ſtomachoſus adferet? Ipſa iræ paſſio jam affecit Judicium: turbatio illum prius quam ratio occupavit: Stat menbris tremulis, interciſâ voce.

Ora tument ira, nigreſcunt ſanguine venæ;
Lumina Gorgoneo ſævius igne micant.

Cum ſuæ rei conſuleret, propriam accuſat imbecillitatem & impatientiam. Cum tali concertare eſt perdere & deſtruere veritatem,

——— *Magno veluti cum flamma ſonore*
Virgea ſuggeritur coſtis undantis aheni,
Exultantque æſtu latices, furit intus aquaï,
Fumidus atque alte ſpumis exuberat amnis,
Nec jam ſe capit unda, volat vapor ater ad auras.

Quo reſpexit divinus Plato, cum in ſuâ republicâ exercitium diſputandi ineptis & male compoſitis ingeniis prohibet; & recte: primum enim cum oppoſitis rationibus, deinde cum iis qui eas opponunt, inimicitias iniunt. Proinde tutiſſimum eſt prorſus animo non commoveri: aut paucis iracundum tanquam Sophyſtam & ad diſputationem minus idoneum amoliri: Quis enim, ut aliquid quærat, ſe committet itineri cum eo, qui neque inceſſum neque progreſſum habet? Imò qui ejus, quod quæritur, nullam tenet notitiam? Turbato enim per iram animo offuſcatur ratio, eique quaſi fumus quidam offunditur, quo facultas perſpiciendæ veritatis contendenti eripitur: ita ut neque quid objicitur, neque quid reſpondetur, poſſit animadvertere.

§. QVARTVS.

Absurdum esse per discursum argumentari.

PRoximum est genus illud hominum qui ut eloquentiores & sapientiores appareant, non minus sunt inepti, dum præfationibus & oratorio discursu conantur defendenti aures obthurare. Similes sunt præstigiatoribus, quorum gesticulatio turbat & vi afficit sensus nostros, at nullo modo nostram movet fidem: cum præter gestus & histrionicas argutiones nihil agant, quam quod commune, tritum & vile est. Eloquentiam summopere veneror; sed vanam odi loquentiam: odi tria verba ubi duo sufficiunt. Apparent illi communiter in locis eminentioribus, fastu eximio, massam proponunt crudam, indigestam, dissolutam; si tentes excoquere, defæcare, subtilem reddere, evanescit: aut si quidquam remaneat, ejusmodi est, ut hinc duobus verbis exhiberi, illinc vel oris halitu difflari potuisset. Hic sanius est ne te torqueas, abbreviet orator opus proprium, monstret in specie quo thesin impugnat; nam si discursum discursu retorqueas, vix est ut, sepositâ quæstione principali, non sitis expaciaturi in incidentia: quo nihil ineptius: ibi enim campus est vagus, sine viâ, sine metâ: & post raucam vociferationem, hic ad Orientem, ille ad Occidentem decurrit. quod in medio est negligitur. quisq; proprio cursui intentus est, nec ullus quicquam proficit. *Ratio hominis*, ait D. Augustinus, *transire ad alia fabricanda non potuit, nisi ipsa sua prius quasi quædam machinamenta & instrumenta distingueret, notaret, digereret, proderetque ipsam disciplinam disciplinarum, quam Dialecticam vocant. Hæc docet docere, hæc docet discere: in hac se ipsa ratio demonstrat atque aperit, quæ scit quid velit, quid valeat, scit scire, sola scientes facere non solùm vult, sed etiam potest.*

§. QVIN-

§. Qvintvs.

Neminem impugnare debere difficultatem cui impar eſt: & quid ſi hoc contigerit?

NOn minus eſt vitium ejus qui ſibi plus arrogat quam vires patiuntur, &, extra ſeipſum poſitus, non novit quid ſibi convenit: difficillimum quodque & ſubtiliſſimum, ut ingenioſus appareat, eligit. ſed quid agit? nihil, quam propriam inſufficientiam detegere. affigit admirationem ſuam ex electione prorſus ridiculâ. adjunctum vel accidens impugnat, principale non intelligit: lambit ubique convexam ſuperficiem. Ecquid remedii? ipſi non ſubvenies: nihil intelligere niſi per ipſum debes, nihil præſupponere. Implicetur & confundatur eatenus, ut ſi poſſibile ſit, ſe ipſe tandem cognoſcat. nam illa vanitas & ineptia non eſt res cui per unam alteram-ve admonitionem mederi poteſt. non enim ſtatim fit muſicus, qui ſemel aut ſecundò ex arte factam audit cantilenam. Sunt principia, ſunt rudimenta, quæ per longam & conſtantem inſtitutionem poni debent, perq; aſſiduam inſtructionem atque correctionem confirmari: at ignorantiam, aut ineptiam primi venientis emendare, nimis magiſtrale eſt. Quod ſi contigerit ipſum proponere argumentum concludens quidem, ſed per obliquam conſequentiam, tangatque rem non in ſpecie, ſed genere; tuum experiri eſt, an non fortuna pro eo intercedat: pete ut ſententiam univerſalem circumſcribat, parùm reſtringat, exhibeat aculeum quem in te vibrat: ingenia enim tam univerſalia tam diffuſa nihil dicunt, homines ſunt qui univerſum populum turmatim & catervatim ſalutant: cum illi, qui mentem verâ ſolidaque cognitione imbuerunt, ſalutent,

notentque singulos & nominatim. *Imperiti*, inquit Aristoteles, *omnia è longinquo tantùm speculantur, estque ipsis exquisita ratio docendi molesta, sive quod rem complecti nequeant, sive quod eam diligentiam nimiam judicent.* Audio quotidie stultos loqui verba non stulta sæpiusq; rem bonam proferre: nostrum est indagari an illam cognoscant, & per quam partem teneant: alioqui si adjuvemus illos, ut rationem congruam, quam fortuitò & balbutientes produxerunt, bene impendant, consequuntur quod neque possident, neque bene custodiunt. & quod pessimum est, ineptiores evadunt: nullas enim non tantùm gratias agunt; sed etiam cum ipsis lumen adfertur & adjuvantur, statim nos assiliunt, & prærogativam interpretationis nostræ suffurantur: illud inquiunt est quod intendebamus: ille revera noster conceptus est: rei difficultas fecit ut obscurè proferretur. Dogma Hegesiæ quod neque odisse, neque accusare debeamus, sed instituere & docere, alibi locum habet; at eum sublevare qui hoc non curat, & minus valet quam ipsum axilium, penitus injustum est.

§. SEXTUS.

Manifestè verum temerè oppugnandum, neque manifestè falsum temerè defendendum esse.

VIx est ut ille sit par difficultati, qui verum labefactando, aut falsum defendendo acutus videri cupit. Pernitiosum profectò est adversus manifestam & apud omnes receptam veritatem otiosè disputare: ne si jocus nunc sit, in rem aliquando exeat seriam. Uti etiam errorem errori accumulat quisquis errorem convictum non confitetur. Hinc scitè asserit Quintilianus, culpam præsertim deprehensam pertinaciter tueri,

tueri, culpam esse alteram. neque fieri potest, quod in physicis sæpe inculcat Aristoteles, quin uno absurdo concesso cætera accedant. Sunt tamen qui per illam viam gloriam quærunt, ac si ingeniosi esse non possent, quam malè agendo.

O miseri quorum gaudia crimen habent.

Deflenda res! sat molestiarum necessariò habemus, non est quod inventionibus nostris eas augeamus: sat miseri sumus suaptè natura, non est quod simus per artem. Est nobis inhærens & essentialis turpitudo, non est quod imaginariam excogitemus. Satisne securi simus, si nos non urgeat onus, quod nobis incumbit? sunt civiles leges, sunt naturæ dictamina, & rationes secundum quas illæ ex his dimanant, quibus cognoscendis, vix ullus post Justiniani tempora (quod sciam) suffecit, & nos ipsos vexabimus insomniis? si communem cursum absolvimus, alia restant.

§. SEPTIMUS.

In omnibus scientiis infinita adhuc latere.

NOn est nisi singularis quædam animi nostri mollities, quæ efficit, ut acquiescamus iis quæ in hâc cognitionis venatione alii, aut nos ipsi comperimus. habilior & capacior aliquis non acquiescet: semper enim hic locus est pro sequenti: imò pro nobis ipsis, & adhuc latus in omnem partem campus. Nullus est finis in inquisitionibus nostris, finis est in omnium fine: Cum verò hic acquiescit aliquis, videtur aut ingenium ipsius deficere, aut ut minimum defatigari: non enim decorus est animus qui sibi satisfacit; sed semper prætendens ultrà suas excedit vires, & cum ultimum fecit, seipsum adhuc stimulat: quod si non proficiat, si seipsum non premat, urgeat,

in omnem partem vertat, non nisi ex parte vivit. Intentio bonæ mentis sine modo, sine formâ est: ipsius alimentum est admiratio, inquisitio, ambiguitas. Satis hoc suggessit veteribus Apollo, semper ipsis loquendo obscurè, æquivocè: nunquam ipsis satisfaciendo. Ingenii nostri motus est perpetuus & irregularis, sine termino, sine exemplari: ipsius inventiones sese invicem formant, & excludunt.

Sic volvenda ætas commutat tempora rerum
Quodque fuit pretio, fit nullo denique honore
Porro aliud succedit & è contemptibus exit.
Inque dies magis appetitur, floretque repertum
Laudibus, & miro est mortales inter honore.

Animo limites præscribere non est possibile: curiosus est & avidus; non habet majorem occasionem sese ad millia passuum, quam quinquaginta sistendi: edoctus est per experientiam, quod ubi unus erravit, alter egregiè sese expediverit, quod latuit uno sæculo, illud sequenti innotuerit. Probè novit quod artes & scientiæ non perfectæ prodeant, sed paulatim formam accipiant, cum sæpè attrectantur & expoliuntur: sicut ursus dat speciem catulis cum illos crebrò lambit. Cum se offert ingenio nostro difficultas ad cujus explicationem illa adhibuit quæ interpretes suggerunt, sane necdum desistit, aut ut acutum videatur ad assertionem falsi aut veri impugnationem circa ea quæ novit aliter se habere dilabitur, sed apud se tentat & explorat quid possit, novamque illam materiam calefaciendo, movendo, depsendo, aperit ei qui nos sequetur aliquam facilitatem, quâ non ita duram, sed tractabiliorem suscipiat.

——— ut Hymettia sole
Cera remollescit, tractataque pollice multas
Vertitur in facies, ipsoque fit utilis usu.

Tan-

Tantundem ſecundus præſtabit tertio. Quapropter neque rei difficultas nos deterrere debet, neque noſtra imbecillitas:cum non ſit niſi noſtra. Homo ſicuti capax eſt aliquarum rerum, ita omnium. Si ut ait Theophraſtus ignorantiam primarum cauſſarum & principiorum admittamus, cedere quidquid in ſcientiâ reliquum neceſſe eſt. Si deficiat fundamentum, omnia corruunt.

§. OCTAVUS.

Plenè ſingulis adverſariorum argumentis ſatisfaciendum eſſe: & quid ſit objectas leges per leges contrarias diſſolvere.

NUnc illos accedere juvat, qui ſive reſpondeant, ſive reſpondenti præſint, adverſariorum argumentis ingenuè non ſatisfaciunt. Quidam id exemplo Socratis fieri perſuaſum ſibi habent, qui ſubridens colligere ſolitus erat ea, quæ ab aliis diſcurſui ipſius opponebantur. Cauſſa erat (judicio meo) ſumma viri præcellentia: cum enim neceſſariò in partes ſuas alii concedere debebant, acceptabat eorum contradictiones ut novam victoriæ materiam. Illi proinde (docti quidem, non minus tamen abſurdi) per nutum capitis, per ſignum manus, aut ſubriſum ſeſe ab adverſariorum oppoſitionibus defendere conantur. Dii fidem monſtroſa auctoritas! Socrates cum contraria collegerat, cuilibet ſatisfaciebat: ſed hi nemini. Hic inſtandum & urgendum eſt: ſi vel unus incorrupti judicii adſit, multum effeci poterit. Nihil eſt quod æque vexat decorum ingenium quam adverſarii dedignato, & vana præeminentiæ opinio, nec interim quidquam quod alicujus momenti eſt proferre aut præſtare. Quod ſi contigerit aliquid ipſos reſpondere,

ſpondere, neque illud ſtatim recipiatur, ingenuè dolent, putantes ſibi injuriam fieri ſi reluctemus nec è veſtigio ſequamur. At nos interim non moveri oportet, etiamſi id quod dixerint maximum præ ſe ferat colorem veritatis: ſed magno cum fructu ſimulare poterimus nos illam non percipere; ideoque recedemus paululum, ut ex omni parte periculum faciamus, quomodo illa veritas in auctore ſuo collocata eſt: alioquin contingere poſſet, nos jaculum ab albo deducere, aut ad pondus accipere quod datur ad numerum. Sin autem objectæ legi legem contrariam ad propoſitæ theſis defenſionem opponant, (quod ſæpenumero animadverti contingere) non ſecus ac

Mulciber in Troiam, pro Troia ſtabat Apollo;
Æqua Venus Teucris, Pallas iniqua fuit:

Se nomine Juriſconſulti indignos eſſe indicant, exinanientes id cujus gratia honorari volunt, & impugnantes quod ipſis alimenta præbet. Africanus vim legis habet, & ita viciſſim Ulpianus: ſi ſint contrarii, jus ad non jus redigitur; non propter diſſentientem Ulpianum ab Africano, cum poteſtate pares ſint: ſed quia id quod ad opinionis ſuæ aſſertionem producit Ulpianus, per efficaciora Africani argumenta infringitur. Proinde ſi cum aliquo diſputans objiciam Ulpianum, ipſe autem Africanum tanquam diſſentientem ſuamque ſententiam ſtabilientem, neceſſario debet eâdem operâ commonſtrare (cum duæ contradictoriæ ſimul veræ eſſe non poſſint) juris rationem pro Africano militare: quoniam ex conſtitutione Imperiali intentionem fundatam habeo, quod & Ulpiani dictum vim legis habeat, & cum Africani ſententia mutuo quaſi ſocietatis vinculo cohæreat.

§. No-

§. NONUS.

Quibus argumentis utendum ſit: & quid de auctoritate rerum judicatarum, & juris interpretum.

QUod ergo probat eſt lex & ratio. hæc propter ſe ipſam: illa verò propter hanc. non enim aliam recipit interpretationem lex, quam quæ à ratione ſuggeritur: cum hæc illam primò dictaverit. Proinde cujus rationis ratio non extat, ei rationi ratio non eſt habere fidem, ut ait Marcus Tullius. Niſi lex talis ſit (quarum tamen paucæ admodum in jure noſtro,) ut non rationem, ſed Conſtituentis voluntatem pro animâ habeat.

Sic volo, ſic jubeo: ſtat pro ratione voluntas.

Auctoritas rerum judicatarum in hac decertandi palæſtrâ parum prodeſt. Si dixerit aliquis, ſic vidi, ſic audivi, en deciſiones; magis riſum quam noſtram fidem excitat. Nos quærimus cur ita judicetur: num ea ratio redoleat juſtitiam: an non potuiſſet judicari melius. Fructus qui Chirurgo obvenit ex artis ſuæ exercitio non eſt quod meminerit ſe viginti peſte correptos & decem arthriticos ſanitati reſtituiſſe: ſi per hoc non formaverit ingenium, neque docere poſſit, quod artem ſuam exercendo, devenerit ſapientior. Experientia concoqui debet & digeri, ut ex eâ concluſiones ducamus quæ formant judicium: debet revolvi & concinnari, ut cognoſcamus quid judicem moverit, ut ita judicaret: poteſt enim una eademque res diverſimodè conſiderari.

——— Bellum ô terra hoſpita portas,
Bello armantur equi, bellum hæc armenta minantur:
Sed tamen iidem olim curru ſuccidere ſueti

Quadrupedes, & frana jugo concordia ferre,
Spes est pacis.

Lycurgus perpendebat in furto vivacitatem, diligentiam & audaciam, quæ requiruntur, ut aliquid proximo subtrahamus: insuper emolumentum, quod publico cedit, cum quisque majori curâ ad custodiendum quod suum est advigilat: existimabat itaque ex duplici virtute, assiliendi & defendendi, maximum obvenire fructum disciplinæ militari, quæ majoris est valoris, quam modica confusio, & iniquitas, quæ per surreptionem alienæ rei contingebat. Quid horribiliùs consideratu est quam proprium parentem manducare? hoc tamen moris apud Indos quondam legitimi fuit, studentes in symbolum pietatis & integræ affectionis genitores suos dignissimâ & honestissimâ tumbâ condecorare: cum in se ipsis ac quasi in medullâ suâ seponerent corpus ac reliquias parentum suorum illos per transmutationem in propriam carnem mediante digestione & alimentatione quodammodo vivificantes & regenerantes. Magna sanè crudelitas illis & abominatio fuit, corpora parentum suorum corruptioni terræ & in alimentum vermibus objicere: quod nos tamen facimus. Omnes dicent nos bene agere: *Stercus* enim *suum cuique bene olet*; ut est in proverbio. Sed qui contrarium faciunt, fidem non habebunt, nisi hoc probetur. Itaque cessat quæstio ejus quod contingit, & in locum venit disquisitio ejus quod contingere deberet. Interpretum juris præcipuè antiquorum non vilis apud me auctoritas est. Sed quidam inquiunt veteres doctrinâ sæpiùs erroneos, methodo confusos, stylo barbaros esse. Deus bone! Ecquis interpretum non erravit? quisnam sibi semper præsens fuit? nullum tamen legere absurdum est. Omnes libri aliquid habent boni, Veterum profectò plurimum: rem excutiunt secundum bonum & æquum; quod apud me secundum id quod

justum est. Non defero plus Cujacio, Donello, Hotómanno, quam Accursio, Bartolo, Baldo: cum & illi sæpius errent. Multa didici ex Cujacio, Donello, & multa didici ex Accursio & Bartolo. Deprehendi errores in Bartolo ex Cujacio, Donello, & deprehendi errores in Cujacio, Donello, ex Bartolo, Fulgosio, Cumano. Antonius Faber edidit Chiliadem errorum pragmaticorum; si cui vacet, edere poterit Chiliadem errorum Fabri. Quid ergo? segregandus est error à veritate; quod commodè fieri potest, si ad examen revocemus id, quod ad stabiliendum sententiam suam adferunt: si prævaleat quod inquit Bartolus, non sequor Donellum, non propter Bartolum, sed quia cum omnibus quæ adfert Donellus, aut verisimiliter adferre poterat, non possum resistere ratiocinationi Bartolinæ, & sic vice versa. Quicunque ergo mihi objicit auctoritatem interpretis, necessariò argumentari debet ex iisdem juris figuris, ex quibus interpres argumentatur: nisi hoc fecerit, nihil fecerit. intelligo in quæstionibus ordinariis in quibus ingenium lege aut ratione in aliquam partem potest inclinare: verùm si difficultas sit inextricabilis, quæ sistit acumen ingenii, ipsumque reddit obtusum ac conturbatum, (quod fieri potest) vel simplex opinio probati interpretis magni facienda est. Dicunt veteres esse barbaros? O delicatuli! Ipsis obviat gibber aut claudus, & non offenduntur. cur non possunt colloquentem ferre, cui subinde verbum excidit, quod non reperiunt in Calepino? talis aversatio magis afficit judicem quam ipsum vitium. Ego saluto & adoro veritatem quocumque idiomate aut linguarum commixtione consignatam. Exsurgit animus ut illam reperiat: cum non sit abscondita (ut dicebat Demetrius) in abysso, sed potius elata, ac seposita in altitudine infinitâ cognitionis divinæ. ipsi sua tradit arma cum accedentem qualicumque videt habitu. gloriosior enim est victoria quam

ex nobis ipsi reportamus, dum in ipsius conflictus ardore nos efficaciæ rationis submittimus, quam ea est, quam consequimur ex adversario per ipsius imbecillitatem. Contestatio præcipuè de nomine res est futilis, quæ communiter apparet in abjectis animis: at sese colligere, ipsam rem intueri, & vel in ipso cursu malam partem deserere, qualitates raræ sunt & juridicæ.

§. DECIMUS.

Unumquodque argumentum ut minimum semel repeti debere: & qua ratione dissolvi.

QUod ut fiat commodè, defendens cum omni urbanitate adversarii argumentum excipiat: illa enim veluti forma est, & oris venustas: conciliatrix priorum accessuum. deinde erectâ facie & voce clara ut minimum semel repetat: ita consequetur tempus, quo ratiocinationem adversarii recte poterit intelligere, & circumspecto ac sedato judicio dissolvere. Alioquin sicuti præcipitis consilii pœnitentia, ita nimis accelerataæ responsionis error comes esse solet. Repetendum est argumentum fideliter & eodem modo quo propositum est. Nam ab ingenio probè instituto alienum est inter resumendum quidquam propositæ sententiæ vel addere, vel adimere, ut à recto tramite opponens abducatur. enimverò in concertatione maximè cum acrioris ingenii viro advertetis illum, cum objectionem repetieritis & dissolvere inceperitis, denuò instare: quod non est ferendum. habuit ille spatium opponendi, sit vobis respondendi: per vices loquendum est. Ne permittatis unquam ut in conclusionibus vestris vos quisquam turbet, aut vobis auferat vos ipsos interpretandi prærogativam.

Cum

Cum enim ille eminus cernit ingenium vestrum in procinctu, ut retorqueat quod objectum est; timens; prævenire studet imaginationi vestræ imperfectæ & adhuc nascenti, quo vel vos divertat, vel solus omnia dixisse videatur. Habebitis quod respondeatis, si priusquam descendatis in arenam, illos consulatis auctores, qui de materiâ quam tuendam susceperitis cum gloriâ scripserunt, & in opinionum varietate animadverteritis quomodo se invicem exceperint. Quod callent artis digladiatoriæ periti, quibus aliquid est attulisse vires quibus damnum inferre ac propulsare vel naturâ possunt: at quot modis, quo temporis momento, hoc, aut isto armorum genere ictus aliquis ferri deduci-ve queat, scire nequeunt: nisi longo usu adverterint, qua ratione peritiores sese expediverint. hinc cum unus oculum movet, videtis alium ipso instanti attollere, vel inclinare gladium: cum alius manum, hunc priorem corporis constitutionem mutare: utrumque nunc dextro, nunc sinistro lateri prospicere: recedendo, instando, acerrimum sustinere certamen, vix tamen ullum tangi. Sin verò contigerit quidquid thesin aut firmat, aut infringit, ita vulgatum esse, ut lippis (quod dicitur) notum & tonsoribus; solent opponentes dedignari toties eandem crambem recoquere: at in eo majus est ipsorum, quam defendentis vitium, cum possint in iis quæ contra thesin pro ipsis faciunt, ordinem affectare, ut secundum argumentum directe impugnet solutionem prioris, & ita porro; quæ res summam habet gloriam. cum enim per propositionem novam præcellitis, vobis nihil debetur, cum veritas præcellat, quæ inest propositioni: ac si bonum ordinem induxeritis, si unico filo quæ discreta videbantur proposueritis, vobis multum accidit. Omnis enim homo verum dicere potest, sed ordinatè, plenè & sufficienter, pauci possunt.

F I N I S.

JACOBI MÆSTERTII J. C.

DE

IMMINUENDO LABORE STUDII JURIDICI,

DISSERTATIO.

PRINCIPIUM

De modo ſtudendi.

SI, quod primum, latinis literis ac græcis pariter imbutus, deinde Hiſtoriæ præcipuè Romanæ ac Antiquitatis peritus, Philoſophiæ præcepta didiceris, & ad Juriſprudentiæ ſtudium te accinxeris, Anteceſſorem elige Juriſconſultum, benevolum, ad amicitiam pronum, & in primis doctum: Ars enim difficilis eſt. Hunc conſule libenter & ſæpius: *Viva vox*, inquit Hieronymus, *habet neſcio quid energiæ, & in aures diſcipuli de præceptoris ore transfuſa fortius ſonat.* Ante eum M. Tullius ad Trebatium: *Sin tibi quædam videbuntur obſcuriora: cogitare debebis, nullam artem literis ſine interprete, & ſine aliquâ exercitatione percipi poſſe. Non longè abieris. Num*

jus

jus civile vestrum ex libris cognosci potest? Qui quamquam plurimi sunt, Doctorem tamen lumenque desiderant. Et absolutè Galenus, *Optima est doctrina quæ viva voce traditur.*

Ea quæ quâque vice Antecessor explicaturus est ipse privatim tecum diligenter expendes. Cum ipsum audieris, omnia ac singula repetes, ac tam firmiter memoriæ infiges, quasi de eadem re tibimet lectio habenda esset.

Privata exercitia omni studio affectabis, non quælibet, sed ea quæ publicis prælectionibus subordinata sunt, & in quibus familiari modo quæritur quid ex lectione retinueris, quomodo hic titulus aptè exponi, illa lex intelligi, cum illâ vel illâ conciliari possit. Alia planè vitabis, cum in confusionem studiorum tendant.

§. PRIMVS.
De jure Mosaico.

OMnis tuus labor in noscendo jure versabitur: jus autem hoc loco aliud Mosaicum, aliud Canonicum, aliud Civile, aliud Feudale dici potest: Super Mosaico non multum te torquebis: nam distincta Israëlitarum à nostrâ republicâ fuit. Illa Deo vindice cum legibus suis interiit; hæc autem firma permanet. Nec distinguo, an per illas ea præcepta fuerint quæ per se ac suaptè naturâ debita sunt, aut vetita quæ illicita: an verò per eas debita quædam facta sint, quia præcepta, illicita, quia vetita: Quia nullæ leges directè obstringunt eos quibus latæ non sunt: *Indicat* autem, ut ait Psalmographus, *Deus verba sua Iacobo, constitutiones ac jura sua Israëli, non ita fecit genti ulli: ideo jura ista non noverunt.* Quapropter *cum gentes* (sunt verba Apostoli) *quæ Legem non habent, natura suaptè quæ legis sunt,*

faciant,

faciant, isti legem non habentes sibiipsis sunt lex: ut qui ostendant opus Legis scriptum in cordibus suis unà testimonium reddente ipsorum conscientiâ, & cogitationibus sese mutuò accusantibus, aut etiam excusantibus. Insculpsit enim Auctor naturæ cordibus nostris certas noticias, tacitumque quoddam indidit judicium, quo justum ab injusto, habitâ circumstantiarum diversitate, separare possumus. Harum virtute ita respondit Papinianus, *Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt, ea nec facere nos posse credendum est.* Hinc si quis virginem seduxerit & concubuerit cum eâ, ducet & dotabit eam; vel (si ita placuerit) ducet, aut dotabit: imò nec ducet, nec dotabit, sed aliam sustinebit pœnam, etiam justam, pro varietate Rerumpublicarum, morum populi, ac qualitate personarum quibus leges adaptari debent. Idem de pœna furti, aliisque similibus difficultatibus omninò dixerim.

§. SECVNDUS.
De jure Canonico.

ALterum jus, quod à Pontificibus Romanis constitutum vel approbatum est & Canonicum dici placuit, ad comparandam justi & injusti exactiorem scientiam, quam ex jure civili Romanorum hauriri poterat, absolutè necessarium non erat. Quæ enim in eo juris divini sunt ad Theologiam magis quam Jurisprudentiam pertinent. Pauca in eo plenius quam in Quiritum jure pertractantur: Et etiamsi plura; nemo tamen haud facilè dixerit, novâ legislatione propterea opus fuisse. Quippe jure Romano interpretandi leges facultas prodita est quâ per declarationem, restrictionem, & extensionem in eam

excrescit

excrescit majestatem, ut non solùm universi Orbis, sed etiam Orbium ex Epicuri sententiâ infinitorum moderationi sufficeret: alioquin ut antehac flagitiis, ita nunc legibus laborandum esset: nam si mille emergentibus speciebus totidem quis novas tulerit leges, quid effecerit? nulla inter numerum istum & infinitam actionum nostrarum diversitatem proportio est. Imò licet centum millia addiderit, non ideò magis ex emergentibus casibus ullus erit, qui ex isto myriadum numero quemquam comperiet, cui tam exactè comparari possit, quin semper aliqua restet circumstantia, quæ diversam judicii considerationem efflagitat. Actiones enim nostræ mirificè variant & perpetuo motu agitantur; leges autem fixæ & immutabiles permanent: proinde non novæ ferendæ, sed ipsa prodiit Juris disciplina, quæ ars boni & æqui dicitur; cum per eam de singulis eventibus, attentâ circumstantiarum varietate, secundùm rationem quæ leges ipsas dictavit, semper justum & injustum prædicari possit. Quod jus civile Romanorum multa iniqua, multa Religioni Christianæ adversantia & impia complecti dicatur, quibus runcandis novâ legislatione opus fuit, à veritate quam maximè alienum est: quemadmodum integris duobus libris, quos de Justitia Romanarum legum scripsi satis superque demonstravi. Habet tamen hoc jus ex magis generali Christiani Orbis consuetudine usum non modicum circa Ecclesiæ regimen ejusque auctoritatem & immunitatem: Prælatorum aliorumque Clericorum electionem: Ordinum sacrorum collationem: Beneficia & bona Ecclesiastica: Decimas: Jus patronatus: Censuras &c.

§. TERTIUS.

De Jure Civili Romanorum.

PRæcipuus labor in noſcendo jure Romano eſt. Eum tu ſecundum ordinem Tribonianeum ſuſcipies: is enim vetuſtus, utpote Edicto perpetuo per Salvium Julianum olim compoſito conformis, & ad docendum ac diſcendum planè accommodatus. Sic unanimo conſenſu vetus ſchola, & ex recentiori præſtantiores Interpretes comprobarunt. Antonius Contius non meliorem viam & methodum quærendam putat, quam eam, quæ in Inſtitutionibus primò generaliter deſignata, deinde ſubtilius & effuſius in latioribus Pandectarum libris deducta & expreſſa eſt. Cujacius autem ſic inquit: *Cohærent digeſtaque ſunt omnia arte mirabili, & qui aliam deſiderant ac comminiſcuntur artem, næ quam illi ſunt ineptiſſimi & imperitiſſimi: Nam neque quid ars ſit ſciunt, neque artem digeſtorum aut principia certa juris ulla perceperunt unquam, ſuaves tamen ad ridendi materiam.* Si de compilando jure Romano quæreretur, eos audire poſſes, qui alium ordinem deſiderant: ſed quia de intelligendo, quod jam ſuo ordine compilatum eſt, agitur, de alio ne ſis ſollicitus: alioquin labor, qui ſimplex & unicus eſſe poterat, duplex fieret. Nam ut allegatas leges reperias, eaſque ipſe vel in ſcholâ vel foro alleges, Tribonianeum ordinem ut memoriter & perfecte calleas omninò neceſſe eſt, cui ſi novum, quem aut ipſe inveniſti, aut ab alio inventum tibi propoſuiſti, addideris, laborem ſine neceſſitate & fructu auges. Quod ſi tuo ſoli acquieveris, eum autem, quem in corpore Juris habemus, ſpreveris, nihil præſtare publicè poteris, niſi tuus ubique locorum recipiatur; quod nunquam

aut

aut difficulter admodum continget. Nemo enim hactenus ex pluribus, qui novum ordinem commenti ſunt, ita dexterè, acutè, & ingenioſè ſingula, quæ ad juris civilis ſcientiam pertinent, digeſſit, ut non infinita omiſerit, quæ non omittenda, plurima etiam in alium locum redegerit quam redigenda erant. Quod & de Connani ac Donelli Commentariis, de Tholoſani Syntagmate, Mattheacii Via juris, Vulteii Juriſprudentia dixerim: nec difficile eſſet id vel ſtatim ad oculum commonſtrare, ſi non inglorium laborem fore reputarem, qui in aliorum perſtringendis erroribus præcipuè occuparetur.

§. QUARTUS.

Incipiendum eſſe ab Inſtitutionibus & quomodo.

INitium ab Inſtitutionibus ſumes, quæ ſunt totius ſtudii Juridici prima quaſi elementa, & eorum, quæ in eo occurrunt faciliora, compendium. Non poteſt commodior tradendarum diſciplinarum ratio dari, quam, quæ primò levi ac ſimplici viâ, poſt deinde diligenti & exactâ interpretatione ſingula proponit; alioquin ſi, ut inquit Juſtinianus, ſtatim ab initio rudis adhuc & infirmus ſtudioſi animus multitudine ac varietate rerum oneretur: duorum alterum evenire neceſſe eſt, aut enim ſtudia deſeret, aut cum magno labore, ſæpè etiam cum diffidentiâ, ad illud perducetur, ad quod rectâ ratione ſtudiorum inſtitutâ, ſine difficultate pervenire poterat. Hæ Inſtitutiones legendæ, relegendæ, ediſcendæ, & ſi facile fieri poſſit memoriæ mandandæ ſunt. Nullus eſt ex omnibus, qui de jure facti ſunt libri, comptior, brevior, facilior. Nullus qui minus interpretem requirit. Inde cum Cujacio ignobile

eorum otium existimo, qui hunc libellum longissimis onerant commentariis, quod positum est in unâ cognitione in infinitum dispartientes ostentatione vanâ, quo plura scire videantur. Enarrationibus enim non contenti ex Digestis & Codice objectiones formant, Doctorum sententias adducunt, ac perplexis juris difficultatibus illos irretiunt, qui ne vix quidem terminos artis audiverunt, multo minus speciem seu casum earum legum, quæ acervatim adducuntur, & in quibus interpretandis plerique multum æstuant, pervidere possunt. Pari modo quo is perperam ageret, qui, paganis prima religionis fundamenta propositurus, illicò implicatissima quà veteris quà novi Testamenti loca, insuper sinistras hæreticorum interpretationes, & impugnationes adducere vellet. Lac teneris stomachis non validus cibus convenit. Ab iis plane abhorrebis, qui in hujus libelli expositione vix ab ullâ juris nostri controversiâ abstinent. Cum Romæ Prætorem secundum suam jurisdictionem tutorem dare potuisse reperiunt, de spinosa imperii meri, mixti, ac jurisdictionis materiâ anxiè sese torquent. Ab usucapione servitutum, earundemque continuitate ac discontinuitate sese non temperant. De argumento ab etymologiâ quatenus procedit, ac similibus ægri somniis varie rixantur. Ad titulum de Actionibus quænam non congerunt? Diceres de industriâ ingeniorum illos tortores in Tyronum confusionem conspirare. Non ea est sententia mea, quod velim omnes eorum, qui Institutiones enarrationibus explanarunt, labores improbare. Optima est in disciplinis proficiendi ratio, si lectioni textus non solum commentarius, sed & viva Præceptoris vox initio & maxime fundamentis ipsis adhibeatur. Licet enim Institutiones cæteris juris partibus faciliores sint, nec alia sit quæ minus interpretem requirat, ipsæ tamen difficultatem suam habent. In

iis

iis exponendi ſunt artis termini, definitiones accuratæ ſingularum rerum ac vocum adſignandæ, diviſiones ac ſubdiviſiones proponendæ, diſtinctio inter jus vetus ac novum facienda, ac omnium, quæ in iis expreſſa ſunt, deciſionis ratio, non tam ex legibus, quæ in Digeſtis & Codice continentur, quam ex præceptis naturalibus, gentium & civilibus eruenda eſt, cum ex iis ipſæ leges petitæ ſint; alioquin vererer, ne, quod abſurdum, ignotum per ignotius exponeremus: Ideoque ſi quid occurrat, cujus contrarium in Digeſtis contineri videtur, ſuper conciliationis ratione, non in Inſtitutionum expoſitione, ſed Digeſtorum laborabo, contentus interim, ſi illas eo modo Tyronibus expoſuerim, quo poſt longam concertationem intelligi debent. In tollendis enim antinomiis ſæpe intima juris arcana perſcrutari, ac ea eruere oportet, quibus rudis adhuc & imbecillis ſtudioſi animus impar eſt. Placentini tamen, Mynſingeri, Hottomanni, Vulteii, VVeſembecii, Bachovii, Sneidewini, ſimiliumque Commentarios non planè reſpuo: cum plurima benè, acuratè & utiliter dicta contineant. nec improbabilius ſit quid boni ſecundum ordinem Inſtitutionum præſtare, quam nullo ordine ſervato libros obſervationum, emendationum, aut animadverſionum ſcribere: etiamſi perſuaſum habeam id genus Commentariorum primò incipientibus periculoſum eſſe.

§. QUINTUS.

De Pandectis eorundemque tractandorum ratione.

EVolutis, &, ad eum quem præſcripſi modum, complexis Inſtitutionibus, reſtant Pandectæ, quorum duplex docendi diſcendique ratio eſt, utraque laudabilis & neceſſaria,

ideoque neutra negligenda, ſed una alteri ſubordinanda ac ſubnectenda eſt. Prima, à qua incipiendum, Titulorum ſeriem, eorundemque continuationem indicat, deinde nomen, definitionem, diviſiones, ac cætera, quæ cujuſque rei, ſub quolibet titulo traditæ, propria ſunt, proſequitur. Altera, ſed quæ operoſior, ſingulas leges, eo quo poſitæ ſunt ordine, conſiderat, earundemque ſententiam ac uſum diligenter exponit, nec non demonſtrat; primùm qua ratione cætera, quæ alibi Juriſperitorum reſponſa occurrunt, cum iis aut conveniunt, aut ab iis diſcrepant; deinde quid poſteriori jure innovatum ſit. In priori Cujacius, Weſembecius, Julius Pacius, Henricus Zoeſius cum laude verſati ſunt, in poſteriori tota penè vetus ſchola, & inter recentiores, ſed fruſtatim præter Coſtalium, Mornacium, A. Fabrum, pauci quidam.

§. SEXTUS.

De Codice & novis Juſtiniani Conſtitutionibus.

A Pandectis ad Codicem tranſitus fieri debet, hic eodem quidem ordine quo Pandectæ, hoc eſt, ad imitationem edicti perpetui (ut etiam olim Gregorianus, Hermogenianus & Theodoſianus) compilatus eſt: ſed plures complectitur titulos, breviores quidem, ſed qui unam eandemque materiam variis modis diſtribuunt, ac ſæpè jus in Pandectis traditum corrigunt, nec non copioſiorem juris maximè publici tractationem continent. Proinde & titulorum, qui in eo occurrunt, ſeries ac continuatio perſpicienda, ac eorum, quæ ſub iis continentur (maxime ſi ea, quæ ex Pandectarum tractatione hauſimus, non ſufficiant) definitiones, ac diviſiones perpendendæ, tandem ſingularum legum ſententiam ſedulo

dulò perscrutari oportet: sæpe enim veterum Jurisconsultorum responsa declarant, sæpius inter eos orta dissidia componunt, sæpissimè iis proposito novo jure derogant. Erronea quippe est Andreæ Alciati & aliorum quorundam sententia, cum statuunt decisiones solummodo quinquaginta emendare jus vetus in digestis relatum, easque dignosci ex Lampadii & Orestis consulatu, vel post eorum consulatum semel & iterum vel Justiniani II I. vel Justiniani II I I. & Paulini: Nam plures leges quę in Codice referuntur, jus in Pandectis positum emendant ac corrigunt; licet eæ singulæ veterum controversiis finem non imponant. Inde differentia est inter Constitutiones ac Decisiones: hæ paucæ, at illæ majori in copia, cæterum ex hujus vel illius Consulatu vix Decisiones ex Constitutionibus quispiam cognoverit. Hanc etiam ob caussam tractationi Codicis libenter novellas Justiniani Constitutiones, quæ ipsum Codicem in pluribus emendant, inseruerim: ut etiam olim recte advertit Irnerius, qui earundem compendium iis Codicis legibus subjecit, quibus specialiter derogare videbantur, licet ipsa ejus opera non sit omni exceptione major: Subinde enim nimis strictè procedens ea omisit, quæ non omittenda, subinde quædam alio modo expressit quam exprimenda erant: ita ut in dubio ad ipsam Novellam potius recurrere, quam ex Irnerii epitome decisionem petere, mallem: fuit enim ille homo privatus, nullâ juris condendi potestate præditus, sed proprio motu Novellas compendio complexus Codici inseruit. Super hac Juris parte diligentem ex Neotericis operam navarunt Cujacius, Pacius, Diodorus Tuldenus, Antonius Perezius, & qui ultimò ex illis legendus, Sichardus.

In singularum legum expositione modus esse debet. In primis cavenda quælibet textus mutatio. Quoties vulgata

aut Florentina lectio commodam interpretationem sumere potest, eam amplector. Leges hinc inde detractis verbis, subinde additis, sæpè mutatis ac conversis figere ac refigere non est Interpretis. Exponere eas ac declarare nostrũ, non corrumpere. Plures tamen stylo critico nimiùm abutentes ferro & igne grassantur, ac legis Corneliæ de falsis securi legibus vim inferunt, privatâ sæpè fisi auctoritate, subinde etiam hujus vel illius Mimi apud Plautum alium-ve juris planè ignarum, sæpissimè tinearũ ac soricum, prolato præroso quodam manuscripto volumine, ex quo quasi fatalem librũ nacti novam lectionem protrudunt. Equidem non in eâ sum sententiâ ut existimem leges Romanas omnem corruptionem evasisse: turbatâ enim à Gotthis, Hunnis, & Vandalis Italiâ, libri, quos de jure compilari fecerat Justinianus, per quingentos penè annos latuerunt: non solum enim Romanam amplitudinem delere, sed & leges Barbari volebant. Quo tempore cum clam, & sæpè ab imperitis librariis, describerentur, vix evenire potuit, quin subinde mendum irreperet, cui tollendo Irnerius, cæterique qui Lotharii Saxonis ac aliquorum subsequentium Imperatorum temporibus vixêre, impares fuerunt: Emendationis tamen remedio quam parcissimè, & non nisi ex evidenti ratione uti oportet.

Utilissimum foret, ut dum Pandectis, ac deinde Codici, nouellisque constitutionibus das operam, ex universo jure selectiores materias, & inter eas singulis triduis unam vel defendendam vel opponendam suscipias: ita enim & doctior & exercitatior evades, quæque alii didicêre, ea in medium collata tibi communicabuntur. Librorum lectió, ac solitaris ratiocinatio, quamvis etiam viva Præceptoris vox accedat, virum quidem doctum, non tamen artificem faciunt: sed cum aliquo suscepta disputatio hominis ingenium acuit: tunc enim imagi-

imaginatio adverſarii noſtram excitat, & contentione, gloriâ ac zelo urgentibus, & extra nos ipſos efferentibus, ſæpe ſimul eò devenimus, quò ſinguli nunquam poteramus, eaque videmus, quæ alioqui latuiſſent. Studium juris præterquam difficile, plenum eſt controverſiis, ac ipſius præcipuus uſus in cauſſarum forenſium tractatione conſiſtit, quæ commode inſtitui non poteſt, niſi quis ſæpius exercitatus didicerit ex tempore, & quaſi de plano, ſuper omni propoſito problemate aptè & ſcienter quà inſtando, quà excipiendo diſſerere: Hunc in finem commodè quis utetur Vaſquii, Fachinæi, Merendæ controverſiis, Ant. Fabri conjecturis, Treutleri Theſibus cum Annotationibus tam ipſius quam aliorum, cæteriſque qui Juridicas quæſtiones ab utraque parte ventilarunt.

§. SEPTIMUS.
De applicatione & fine ſtudii Juridici.

HIſce peractis videndum tibi reſtat quomodò Juriſprudentia ſeſe diffundat, & ea quæ didiceris ad uſum & cauſſarum deciſionem transferri poſſint. Fruſtra eſt Scholaſtica ac umbratilis cognitio, ſi non rebus ipſis ac forenſibus controverſiis adhibeatur. Hic omninò legendi ſunt qui de illuſtribus juris materiis ſingulares tractatus ſcripſere, ac repetitis commentationibus ipſas leges variis caſibus applicarunt. Omnia negocia directè libris Juſtinianei juris non continentur, proindè adhibitâ ratiocinatione ad ſimiles caſus ex eâdem, ac ſimili æquitate procedendum eſt. Hac in parte vetus ſchola principatum tenet, & ex recentiori rerum Judicatarum, obſervationum, receptarum ſententiarum, communium opinionum, concluſionum, variarum reſolutionum, ac conſiliorum

ſcriptores, quibus omninò Antonii Fabri Codex accedat, eæque Annotationes, quas ad plurium locorum leges municipales plurimi ediderunt: ut ad Pariſienſes Molinæus, Tauri Gomezius, Burgundicas Chaſſanæus, Britannicas Argentræus, Mechlinienſes Chriſtinæus, ad alias alii. Non quod pigram eorum aviditatem laudare velim, qui nihil impatientiùs ſcire deſiderant, quam quo jure in forenſibus diſceptationibus utamur, ne inquirendum habeant, quod operoſioris eſt indaginis, quo jure uti debeamus; Aut quod ex rebus judicatis Doctorum-ve reſponſis magis, quam certâ lege ac ratione emergentes difficultates perimere ſuſtineam; ſed ut inveſtigantibus quid juris? ſuffragium ſuum quaſi præbeant, & quod apud eos benè deciſum ac conſtitutum eſt proprium tibi reddas per imitationem. Alias variæ ac contrariæ ſunt de qualibet penè juris poſitione opiniones, plurimaque non modò diverſa, ſed è diametro pugnantia rerum ſimilium, ne dicam earundem, diſſimiliter judicatarum exempla: ut qui hujus ſcientiæ arcana non penitus inſpexerit, eum quaſi tantæ inconſtantiæ puderet.

Juris feudalis elegans, utile, nec adeò difficile ſtudium eſt, modò accuratiori ordine, quam in corpore juris, proponatur: turbata enim ibi ſunt omnia. Compendium ipſe brevi Typis ſubjiciam, in quo illius juris fundamenta, diſcrepantiæ à jure civili ac noſtro conſuetudinario, rationes ſingularum poſitionum, cum Doctorum, qui quamque partem cum laude tractarunt, allegationibus miro artificio & brevitate exhibebuntur.

FINIS.

Errata hæc sic corrige, reliqua humanitati tuæ commissa sunt.

Pag. 19. lin. 26. lege *illinc*. pag. 89. lin. 22. lege *verrinis*. pag. 144. lin. 23. lege *reliquisque*. pag. 162. lin. 16. lege *verisimile*. pag. 182. lin. 23. lege *arbitrium*. pag. 186. lin. 29. lege *jurisjurandi*. pag. 209. lin. 26. lege *indistinctè*. pag. 215. lin. 9, dele *consen*. pag. 215. lin. 11. pro *sus* lege *consensus*. pag. 217. lin. 23. lege *conjunctionibus*. pag. 225. lin. 18. lege *videtur*. pag. 242. lin. 10. lege *adulterum*. pag. 243. lin. 19. lege *legitima*. pag. 243. lin. 24. lege *duos*. pag. 246. lin. 6. lege *æstimari*. pag. 247. lin. 13. lege *totam*. pag. 252. lin. 16. lege *dices*. pag. 266. lin. 6. lege *pecunia*. pag. 266. lin. 13. lege *taxatæ*. pag. 280. lin. 17. lege *efficaciter*. pag. 281. lin. 11. lege *pulchre*. pag. 296. lin. 14. lege *contractum*. pag. 318. lin. 24. lege *præjudicio*. pag. 349. lin. 15. lege *propria*. pag. 391. lin. 27. lege *in*. pag. 396. lin. 7. dele *juris*.

In dissertatione prima.

Pag. 3. lin. penult. lege *cogitatione*. pag. 9. lin. 4. lege *venæ*.

JACOBI MÆSTERTII J. C.

DE IUSTITIA ROMANARUM LEGUM

LIBER I.

Repetitæ prælectionis.

DUBITATIO I.

Qua fide & modo Iustinianus Imperator, vel (cujus opera potissimum usus est) Tribonianus leges & Constitutiones Romanas retractavit aut novas edidit?

IUSTINIANUS Imperator post assertum armis Imperium omnem curam ad leges & constitutiones retractandas aut novas edendas convertit. Usus potissimum Triboniano Quæstore suo, quem propterea *in l. 1. Cod. de veteri jure enucleando* ita alloquitur: *Ad tuæ synceritatis* inquit *optimum respeximus ministerium, tibique primum hoc opus commisimus, ingenii tui documentis ex Codicis nostri ordinatione acceptis: & jussimus quos probares tam ex facundissimis Antecessoribus, quam ex viris disertissimis togatis fori amplissimæ se-*

dis adſociandum laborem eligere. his itaque collectis & in palatium noſtrum introductis, nobiſque tuo teſtimonio placitis totam rem faciendam permiſimus; ita tamen ut tui vigilantiſsimi animi gubernatione res omnis celebretur, &c. Quo in opere planè heroico & difficili cùm Juſtinianum omnes omnium ætatum Principes ac Reges ſuperaſſe, & Tribonianum fideliter verſatum eamque eruditionem ac curam adhibuiſſe, quam magnitudo tam mirabilis & quaſi deſperati negocii efflagitabat, dicimus: Objiciunt nonnulli quod Tribonianus inſignis audaciæ fuit, qui quod Cicero, quod Julius Cæſar, quod Pompeius, quod multi retro Principes, Conſtantinus & Theodoſius, & hi, quorum tempore Gregorianus Hermogenianuſque Codices editi ſunt, ad effectum ducere auſi non ſunt, imperitiâ potius, quæ audaciam parit, quam doctrinâ, quæ diffidentiam, aggreſſus eſt. Verùm reſpondeo Ciceronem multis de cauſis ei negocio imparem fuiſſe: Julium Cæſarem teſte Suetonio præmaturâ morte præventum: ſequentes verò Principes vel eodem fato, vel aliis curis impeditos fuiſſe; nonnullos feciſſe quod ipſorum ferebat ætas: Et quamvis, vel liberâ adhuc republicâ poſt leges 12 tabb. annis CCCC. tanta legum acceſſio facta fuerit, ut Livius immenſum aliarum ſuper alias acervatarum cumulum vocet; nullo tamen tempore ſub tam gravi variarum legum pondere rempublicam Romanam magis gemuiſſe quam Juſtinianæo; ita ut quod antea factum non erat, fieri tamen omnino debebat, vel Juſtiniani ævo ſuſcipiendum & ad optatum finem perducendum erat. *Non mirandum* inquit Ant. Contius *ſi novis experimentis illuſtrata Iuſtiniani ætas, totam illam ſqualentem & denſiſsimam & nimiam veteris juris ſylvam infinitis reſponſis legibus & Conſtitutionibus inutilibus, velut infelicibus & putridis arboribus reſecatis, patefecit, & omnibus fecit perviam, & ſi in locum demortuarum aut aridarum*

rum novellas leges, quasi novellas plantationes, novaque vetulamina substituit.

Objiciunt quod nihil aliud ex illâ legum digestione consecutum est, quam ut duodecim tabulæ, aliæque leges innumerabiles, & edicta Prætorum tot præclaris Jurisconsultorum commentariis enucleata cum infinitis Jurisperitorum responsis interciderint, ac penitus interierint, nullo quippe illis usu relicto omnique illis detractâ juris auctoritate. Respondeo leges 12. tabb. longe ante Justiniani ævum deperditas fuisse; uti in Galliis & Hispaniis reliquos omnes juris Romani libros ab incursionibus Francorum & Gotthorum qui jam sua jura fundere cœperant; adeo ut pro Theodosianis legibus Theodoricianæ vel Leonis & Anthemii tempore (ut testis est Sidonius) in judiciis frequentarentur: in Galliis verò Alaricianus Codex tereretur(nunc breviarum Alarici dictum)in quo pauca quædam & infeliciter truncata trium Codicum Gregoriani, Hermogeniani & Theodosiani capita comprehendebantur, præter aliquas Pauli sententias, quædam Vlpiani fragmenta, Papiniani responsa & corruptas Caii Institutiones: In duabus vel tribus duntaxat Bibliothecis Theodosianus Codex integer lateret: pauci fuerint libri quibus Professores in scholis utebantur, (quos Justinianus in proemio digestorum recitat:) Neque multi qui ab aliis observabantur, uti non parum Theodosii Constitutiò *in Cod. Theodos. de respons. prudent.* confirmat: *Papiniani* inquit *Pauli, Caii, Vlpiani atque Modestini scripta universa firmamus.* & post pauca: *Eorum quoque sententiam, quorum tractatus, atque sententias prædicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus; ut Scævolæ, Sabini, Iuliani, atque Marcelli omniumque quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum Codicum collatione firmentur.* Reliquos omnes (inter quos plurimi qui ipsis erudi-

tiſſimis hominibus jam à ducentis annis incogniti erant) Tribonianus nulli nec labori, nec ſumptui parcens, è tenebris & theſauris eruerit; veluti Juliani, Scævolæ, Alfeni, Proculi, Labeonis, Neratii, Javoleni, Celſi, Pompeii, Valentis, Mæciani, Mauriciani, Clementis, Africani, Marcelli, Florentini, Venuleii, Tertulliani, Trifonini, Calliſtrati, Marciani, Hermogenis & aliorum integra ſcripta & ea pene tota in Pandectas transfuderit. Quod præter Leges 12. tabb. hæc quoque jam interierunt nullâ Juſtiniani vel Triboniani culpâ, ſed temporum, vel potius hominum avaritiâ ac inertiâ, qui poſterioribus ſeculis vixêre, contigit. Nam pridem exploſa eſt fabula, hos omnes libros ex auctoritate Juſtiniani concrematos eſſe.

Objiciunt quod quamvis optima ſint quæ habemus in Pandectis Juriſprudentium fragmenta ac in Codice Principum veterum Conſtitutiones, in iis tamen ingentia flagitia Tribonianus admiſerit: eo quod nomina quidem Auctorum & Imperatorum retinuerit, contraria tamen his, quæ aliquando ſcripſerunt, poſteritati tradiderit: detortis ſæpè (exempli cauſa) Ulpiani verbis in ſententiam Iuſtiniani, atque in jus id, quo tum utebantur. Reſpondeo hæc dici, non probari: Imo contrarium deprehendi poſſe ex illis veterum Iuriſconſultorum fragmentis, quæ non ita pridem Pytheus edidit, ſi cum iis quæ in pandectas relata ſunt conferantur: Tribonianum nempe cum ſummâ religione & ſubtilitate auctoribus orationem ſuam ac ſententiam conſervaſſe: ſuperflua duntaxat aut alio loco dicta aut abrogata truncaſſe. Nec video quamobrem aliter feciſſet; utpote qui in mandatis hoc non acceperat *arg. l. 1. Cod. de veteri jure enucleand.* &, ſi voluiſſet, accepiſſet. qui inquam ipſe nullo veterum Iuriſconſultorum inferior fuit, ſicuti vel ipſe Suidas ipſi hanc laudem denegare auſus non fuit, ac præter alia documenta manifeſte probant quinquaginta deci-

decisiones ipsius præcipue consilio factæ & novæ Codicis editioni insertæ, quibus veterum dissidia dirimuntur. Ut non dicam Iustinianum, ut pote supremum Principem, in retractandis scribendisque Romanis legibus veterum Iurisprudentium auctoritate non indiguisse *arg. l. 1. D. de Constitutionibus Principum l. ult. Cod. de legibus*, sed è contrario ipsum non parvo illos honore affecisse, quod eorum scripta & nomina legumlationi Romanæ inseri curaverit.

Objiciunt quod Tribonianus plurima è diametro sibi contraria, & quæ nullo modo complacari possunt, corpori juris immiscuerit. Verum respondet Imperator *in l. 2. §. contrarium 15. Cod. de veteri jure enucleand.* in verbis: *Contrarium autem in hoc Codice positum, nullum sibi locum vindicabit, nec invenietur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiat, sed est aliquod novum inventum vel occulte positum quod dissonantiæ querelam dissolvit, & aliam naturam inducit discordiæ fines effugientem.* Respondet quoque Udalricus Zasius *epist. ad Claudium Cantiunculam* his verbis: *Non nego complura in legibus offendi posse, quæ pugnantia primis oculis appareant, si tamen introspexeris: si spicam excusseris, si ad medullam manus moliaris; jam propemodum omnia tibi consonantia, concordia, & junctissime amica esse comprobabuntur.* & post pauca: *Ausim itaque non jam cum Accursio, sed cum ipso Imperatore asserere, non esse in legibus Pandectarum ullam tantam contrarietatem, quæ non conciliari posit & complacari. Sed industria opus est, quando archetypos libros, præstantissimos Iurisconsultorum labores, legalis sapientiæ fontem perdidimus: ex quibus, si extarent, per tractatorum seriem, per præcedentia, & sequentia aliquanto levius expediremur, nunc ingenium addere, multa prospicere, veritatem in fundo demersam ex latibulis eruere oportuerit. Rerum enim, negotiorum, caussarum, personarum, conditionum, qualitatum, temporum dif-*

ferentiis confusa distinguere, coercere effusa, moderari generalia, casum à casu discernere, sejungere colligata, separare compacta, & multis id genus conjecturis ratiocinari necesse est, ut infossa eruantur, erudererentur congesta, ambigua dissolvantur, & velut lumine obscura illustrentur; hoc enim Iulianus, hoc Celsus, hoc Paulus aliique Iureconsulti jussère l. non possunt 12. cum l. seq. l. in ambigua 19. l. non est novum D. de legibus. Addit post pauca: *nullam esse tam perspectam scientiam, ne in divinis quidem rebus, in qua non in verborum cortice pugnantia appareant: quæ si à conjecturis, à divinatione probabili discesseris, quomodo dissolves?*

Objiciunt quod multa iniqua, multa Religioni Christianæ adversantia & impia, quæ facile tolli poterant, non sustulerit, sed iis Iurisprudentiam Romanam conspurcatam reliquerit. Respondeo hanc meram calumniam esse, sicuti ex reliquo opere patebit.

Objiciunt quod non pauca ejusdem sensus, imò iisdem verbis concepta responsa corpori juris ociosè inseruerit. At respondeo hoc quidem perrarò, semper autem sine vitio factum esse: nam vel novum præterea quid continent, vel propter summam utilitatem interfuit subinde bis idem inculcari.

Objiciunt quod omnia confusè sine ullo ordine aut methodo posita sint. Verum illis præter alios multos occurrit Cuiacius *in parat. D. mandati.* cum ait: *Cohærent digestaque sunt omnia arte mirabili, nec tam ingenio Triboniani, quam Iuliani, Hermogeniani & veterum Prudentium quorum ille vestigia secutus est, & qui aliam desiderant vel comminiscuntur artem, næ quam illi sunt ineptissimi & imperitissimi; nam neque quid ars sit sciunt, neque artem digestorum aut principia certa juris ulla perceperunt unquam, suaves tamen ad ridendi materiam.*

Ajunt Tribonianum avaritiæ eo usque indulgentem fuissè,

ut lu-

ut lucro venale jus habendum ſemper duxerit, ac ſordida dinundinatione leges antiquare, identidem ferreque, ut cuique commodum eſſet, inſtituerit. Reſpondeo hæc propter novas Conſtitutiones quæ poſt ſecundam Codicis editionem promulgatæ ſunt (& vulgò novellæ vocantur) objici; inter quas tamen nulla reperiri datur, quæ non optimâ & firmiſſimâ ratione fundata ſit; uti reliquum opus declarabit. Quod de avaritiâ objicitur, & quæ in ipſum maledicta apud Suidam occurrunt, prætereo, ut incerti auctoris, & multa quæ perſpicuè falſa: veluti quod paganus fuerit & à Chriſtiana Religione alienus; cum tot tantaſque præclaras leges de Chriſtianâ Religione ipſo quæſtore & quaſi auctore Iuſtinianus tulerit; & magiſtratum capere niſi Chriſtiano nullum tum licuerit.

DUBITATIO II.

An Iuſtinianus ſtupidus, illiteratus & quovis ἀναλφαβήτω *rudior ac Imperitior fuerit?*

SCribunt Laurentius valla *lib. 6. elegant. cap. 36.* Tiraquellus *de nobilitate cap. 31. num. 536.* Rævardus *lib. 4. var. cap. 10.* Cuſpinianus *in vita Iuſtiniani*, Bodinus *de rep. cap. 5. n. 17.* aliique Iuſtinianum Imperatorem ſtupidum, illiteratum ac quovis ἀναλφαβήτω rudiorem & imperitiorem fuiſſe. Moventur præcipuè auctoritate græci ſcriptoris Suidæ id ipſum aſſerentis. Verùm eos omnes longe à veritate aberrare ex eo animadvertere licet, quod ipſe Imperator aſſeveret ſe Inſtitutiones à Triboniano, Theophilo & Dorotheo compoſitas legiſſe & recognoviſſe §. *quas ex omnibus 6. proæm. Inſtit.* Se ſemper inveſtigando & perſcrutando quidquid dubium & incertum in compoſitione Digeſtorum inveniebatur, recte emendaſſe & in competentem formam redegiſſe *l. 2. in fine prin.*

prin. Cod. de veteri jure enucleando, quæ si literarum imperitus fuisset, falsò in re præsenti & apud suos rerum omnium non ignaros jactare impudentia maxima fuisset. Quinimo Procopus *lib. 3. de bello Gotthic.* scribit Iustinianum solitum fuisse cum libros sacros pervolutare, tum de rebus & controversiis ecclesiasticis cum Episcopis reliquoque venerabili Clero in multam usque noctem sæpius studiosè conferre. Adstipulantur verba Platinæ, quæ in vitâ Bonifacii secundi hunc in modum sonant: *Bonifacius secundus Patriâ Romanus, patre Sigulte, Iustiniano imperante, fuit. Quem quidem Imperatorem tanti constat ingenii tantæque doctrinæ fuisse, ut mirum non sit, si leges Romanas sparsas & incompositas in ordinem ad utilitatem hominum redegerit, eaque absciderit, quæ supervacanea & inutilia videbantur.* Addit Platina eum quoque de Christi incarnatione piè simul ac elegantur scripsisse: quod idem Sabellicus, Procopius aliique gravissimi auctores memoriæ prodiderunt. Composuit etiam in Christi honorem elegantissimum hymnum, qui hodieque à Græcis palam in Ecclesiâ canitur, extatque in eorum horologio his verbis: *ὁ μονογενὴς υἱὸς καὶ λόγος τοῦ θεοῦ ἀθάνατος ὑπάρχων, καὶ καταδεξάμενος διὰ τὴν ἡμετέραν σωτηρίαν σαρκωθῆναι, ἐκ τῆς ἁγίας θεοτόκου καὶ ἀειπαρθένου* ΜΑΡΙΑΣ, *ἀτρέπτως ἐνανθρωπήσας, σταυρωθεὶς χριστὲ ὁ θεὸς θανάτῳ θάνατον πατήσας, εἷς ὢν τῆς ἁγίας τριάδος, συνδοξαζόμενος τῷ πατρὶ καὶ τῷ ἁγίῳ πνεύματι, σῶσον ἡμᾶς.* qui in Græcorum sacrâ Synaxi olim per Leonem Tuscum editâ sic legitur; *Vnigenitus Filius & verbum Dei, cum sis immortalis, dignatus es propter nostram salutem carnem sumere de sanctâ Dei genitrice semper Virgine* MARIA, *inconvertibiliter factus homo, qui crucem subisti, Christe Deus, Morte conculcans mortem, unus existens sanctæ Trinitatis, conglorificatus Patri & Spiritui Sancto, salvos nos fac.* Testatur prætereа Ioannes Episcopus Romanus *in l. inter claras 8 in prin. Cod. de summa Trinit. & fide Cathol.* inter

Iustinia-

Justiniani claras sapientiæ ac mansuetudinis laudes, puriore luce tanquam aliquod sydus irradiasse, quod amore fidei, quod charitatis studio edoctus Ecclesiasticis disciplinis, Romanæ sedis reverentiam conservaverit. Et si ullus conjecturæ locus; verisimile non est, Justinianum tam immensum & admirabile opus, uti est Romanarum legum compositio, tantâ diligentiâ curasse perfici, nisi & ipse literatissimus fuisset: cum experientia doceat, imperitos ejusmodi rerum curam minime habere, secundum vetus adagium; *Nihil cum fidibus graculo: nihil cum amaricino sui. A. Gellius lib. 29. cap. ult.* Ut omittam quod de viris Principibus parum & reverenter semper loquendum sit: quod illos colere, non offendere, debeamus. Ad auctoritatem Suidæ Respondeo, nullum esse tam impudens mendacium, quod apud Græcos testimonio careat. *Sabellic. Ennead. 1. lib. 1.* Sicut literarum claritatem; ita omnem fabulositatem ex Græciâ effulsisse. *Plinius in proœm. lib. 4. nat. hist.* Quod & Cicero *in orat. pro Flacco* indicavit; *Tribuo* inquit (de Græcis loquens) *illis literas, do multarum artium disciplinam, non adimo sermonis leporem, ingeniorum acumen, & dicendi copiam: testimonium, religionem & fidem nunquam ista natio coluit.*

DUBITATIO III.

An Iustinianus plus æquo uxorius fuerit & nonnullas leges iniquas fœminarum gratiâ tulerit?

ANtonius Faber *lib. 8. conject. cap. 11.* P. Gregorius Tholosanus 47 *Syntagm. 21. n. 2.* Bodinus *lib. 1. de rep. 3. n. 17.* aliique Justinianum plus æquo uxorium & superbæ mulieris astutiâ in quam ipsa voluerit partem, flexum fuisse, plurimasque iniquas leges fœminarum gratiâ tulisse scribunt.

Moventur præcipuè quod uxorem suam Theodoram etiam in negociis arduis & ad summam rerum pertinentibus consilii participem fecerit *novell. 8. cap. 1. & l. bene à Zenone 3. Cod. de quadriennii præscript.* Respondeo quod quamvis indignum satis & indecorum sit fœmineo jugo collum subdere: nec ulla vilior servitus quam fœminis servire; ut ait Tacitus: ac improbandi mores tam Achæorum quam Sacarum, quibus summum apud fæminas imperium erat *Ant. de Guer. post Plutarchum, horol. prin. lib. 2. cap. 7. n. 243. Arnis. ex Æliano, 1. pol. 3.* Non tamen propterea indiscriminatim omnia omnium fæminarum consilia despicienda, sed siquidem salubria à viris admittenda sunt *arg. l. ita autem 5. §. Papinianus 8. D. de administrat. & peric. tut.* neque pauci viri Principes diversis temporibus fuerint qui Augustarum consiliis summo cum Reipublicæ bono usi sunt *Gothof. ad d. novell. 8. cap. 1.* Veluti Ninus Assyriorum Rex primus Semiramidis uxoris *Diodor. lib 3.* Numa Pompilius *Ovid. lib. 3. fastorum* Augustus (quem tamen sapientissimum Bodinus vocat) Liviæ Drusillæ *Dio in Augusto. Seneca lib. 1. de clementia.* *Mulierum* inquit, Justus Lipsius, *consilia non semper damno, utiliter enim sæpè eas Princeps audiet præsertim si qua à naturâ paulo magis facta ad prudentiam & virtutem. in not. ad lib. 2. polit. cap. 17.* Accedunt mores gentium: Quippe Lacedemonii, qui Græcorum prudentissimi & in omni vitæ officio continentissimi fuêre, tam publica quam privata cum mulieribus consilia communicaverunt. *Plutarch. in comparat. Numæ & Lycurg.* Quod idem de Germanis testatur Tacitus *lib. de moribus Germanorum.*

Objiciunt porrò quod Imperator vocet Theodoram conjugem reverendissimam *d. novell. 8. cap. 1.* reverentia autem obsequium quoddam arguat *l. etiam 5. Cod. de obsequiis patr. præst.* Respondeo id Principem non sui sed subditorum ratione fa-

ne facere, quibus Augusta etiam verenda est: eodem modo quo uxor, etiam à marito, sæpè Domina vocatur: non quod maritus ei obediat, sed quod sit cum eo con-domina, ac proinde non sui sed familiæ contemplatione *arg l. uxorem 40 in prin. D. de legatis 3.*

Objiciunt quod Justinianus, seu potius per eum Theodora, nonnullas iniquas leges fœminarum favore tulerit, uti sunt *l. Imperialis 23 Cod. de nuptiis l. cum multa 20. Cod. de donat. ante nupt. l. ubi adhuc 29. cum l. seq. Cod. de jure dotium l. unic. Cod de rei uxor. act. l. maximum vitium 4. Cod. de liberis præteritis. l. assiduis 12. Cod. qui potiores in pignore. novell. 124. cap. 10. ex qua petita est auth. sed hodie Cod. ad leg. Iul. de adulteriis.* Respondeo omnes hasce leges justissimas & æquissimas esse, uti ex reliquo opere apparebit: Quis quæso mulierum non miseraetur propter obsequia quę maritis prębstant, propter partus periculum, & liberorum procreationem & educationem *d. l. assidius 12. §. 1, Cod. qui potiores in pign. hab. §. sed nos 4. Instit. de SC. Tertyll.* Quod multis captionibus sint suppositæ multorumque insidiis expositæ; ita ut eis subvenire æquissimum sit *l. 2. §. 3. D. ad SC. velleianum;* utpote quæ facile circumveniuntur *novell. 97. cap. 3.* cum sint imbecilles *l. imperialis 23. Cod. de nuptiis*, infirmæ *l. 1. Cod. quando mulier tut. offic.* Fragiles *l. ult. Cod. de Donat. ante nupt.* & plerumque adversus commoda propria inveniantur laborare *l. si pater 4, Cod. de sponsalibus* ita ut omninò oporteat majori eas dignari studio *novell. 162. cap. ult.*

DUBITATIO IV.

An Iustinianus superbus, crudelis & avarus fuerit?

SUperbiam Justiniano objicit Laurentius Valla *lib. 6. elegant. cap. 36.* præcipuè *quia se Dominum Iustinianum* (*ut*

 ex nu-

ex numiſmate ejus apparet) dici voluit: quod à viro Romano eſt alieniſſimum, &c. Verùm ut non dicam quod de viris Principibus ſemper modeſtè & honeſtè loquendum ſit, Reſpondeo quod, quamvis D. Auguſtus Domini appellationem ut maledictum & opprobrium ſemper exhorruerit; *Sueton. in Auguſt.* & Tiberius contumeliæ loco reputarit; *idem Sueton. in Tib.* denique Alexander Severus nomen illud rejecerit; *Lampridius in ejus vita*; Attamen titulus ille in frequenti apud Principes uſu eſſe cœpit: Nam Trajanus à Plinio in panegyrico ſæpius Dominus appellatur: uti & Antoninus Imperator à Voluſio Metiano *in l. deprecatio 9. D. ad leg. Rhodiam de Iact.* Idem iterum à Marcello Juriſperito *in l. proximè 3. circa medium. D. de his quæ in teſtamento delentur, &c.* Quin imò ſimplici appellatione Domini Principem intelligunt ipſi Imperatores Valentinianus, Theodoſius & Arcadius *in l. nemo 3. Cod. de Epiſcopali audientia.*

Qui crudelitatem Juſtiniani accuſant, utuntur eo quod Petrus Crinitus *lib. 9. de honeſta diſciplina cap. 8. de Beliſario* ſcribit: eum nempe Juſtiniani præcepto luminibus privatum, & tam gravi tamque iniquâ oppreſſum fortunâ, tuguriolum ſibi propè viam extrui feciſſe, in quo reliquum vitæ, victum quærens tranſigeret, ſubinde prætereuntibus dictitans: *Date ſtipem Beliſario, quem rerum proſperè geſtarum magnitudo extulit, & nec error, ſed livor & inimicorum invidentia excæcavit.* Reſpondeo, nullum hujus rei veſtigium, nequidem apud Procopium gravem auctorem & ipſius Beliſarii ſcribam, nec non rerum ab ipſo præclarè geſtarum teſtem locupletem reperiri: Nullumque alium extare ex quo commentum hoc deſcribere Crinitus potuit: ita ut omnino mirum ſit paucos quoſdam, Criniti ſolius auctoritatem ſecutos, idem aſſeveraſſe. Quapropter Andreas Alciatus *lib. 4. parerg. cap. 24.* aliique corda-

cordati ſcriptores propoſitam narrationem fabulis annumerant: multo magis, quod annales Conſtantinopolitani fidem faciant ante Juſtiniani obitum conſpirationem quandam detectam fuiſſe, ejuſque inſimulatum à Sergio Beliſarium, qui eo nomine domi ſuæ cuſtoditus fuit; verùm poſt paucos dies abſolutus priſtinoſque honores omnes recepit. Adhæc cum Arthabo aliique qui cum eo in caput Principis conjurarant, deprehenſi, nullo alio ſupplicio affecti à Juſtiniano fuerint quam quod in cuſtodia eſſent: veriſimile non eſt eundem Imperatorem in Beliſarium, virum tam benè de Principe ſuo meritum, ſævire voluiſſe. *Alciat. dict. loc.*

Qui Juſtinianum avarum, omneſque gentes magnis tributis oneraſſe ajunt, errant in perſonâ, intelligentes de Juſtiniano mâjore quod de minore literarum monumenta teſtantur: De hoc enim Paulus Diaconus *lib. 18.* ita ait: *Iuſtinianus minor regnabat, vir in omni avaritia deditus, contemptor pauperum, Senatorum ſpoliator. Cui tanta fuit cupiditatis rabies, ut arcas juberet ferreas fieri, in quibus ea, quæ rapiebat, auri talenta congregaret: Quem etiam ferunt in hereſin Pelagianam delapſum. Hic cum à divinis aurem cordis averteret, juſto Dei judicio, amiſſo rationis intellectu amens effectus eſt.* & poſt pauca: *Igitur cum Iuſtinianus undecim annis regnaſſet, amentiam, quam incurrerat, tandem cum vita finivit.* At de Juſtiniano noſtro ait idem Paulus Diaconus *d. lib. 18. quod fuit in operibus rectus, in judiciis juſtus: ideoque omnia ei concurrebant in bonum.* Quod ſi & hic tributa quædam exegerit, magnitudo bellorum quæ adverſus barbaros reliquoſque Chriſtianæ Religionis hoſtes ſuſcipere cogebatur, & ædificia, quæ tam Religionis quam pietatis intuitu extrui curabat, abundè eum excuſare poſſunt.

DUBITATIO V.

An Ulpianus in l. 10. in prin. D. de Justit. & jure, *& Iustinianus* in prin. Instit. eod. *recte Iustitiam definierint?*

QUod vitio versum fuit Servio, quod jus in quo versaretur, ignoraret, *lib. 2. §. Servius 43. D. de origine Iuris*. Etiam vitio à pluribus vertitur Ulpiano & Justiniano, quod uterque Justitiæ cultor & quasi Mystes, *l. 1. §. 1. D. de Iustitia & jure*, neuter tamen Justitiam bene definierit, adeoque intellexerit, *arg. l. 10. in prin. D. & prin. Instit. de Iustitia & jure*. Enimvero sciendum est Justitiam dupliciter considerari: primò per se: secundò prout eam Magistratus à civibus exigit. Justitia per se considerata est virtus quâ ea omnia facimus quæ vel natura vel Constitutio ulla jubet: Ac proinde animi habitus, qui in actu & executione potissimum spectatur *arg. c. non satis. distinct. 68.* Justitia quam Magistratus à civibus exigit, est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi *d. l. 10. in prin. D. & prin. Inst. de justitia & jure.* Recte dicitur *voluntas*: ea enim in potestate nostra semper est, non executio: quippe vel casu, vel rerum inconstantia, vel errore, vel imbecillitate benè judicandi, adeoq; contra vel prçter intentionem nostram evenire potest, ut iniqui aliquid vel statuamus, vel ipsi faciamus, & tamen constans perpetuumq; propositum justè agendi habeamus. *Gubernator* inquit Fabius *dum rectum clavum tenet, non ideò minus talis erit, quod tempestate abreptus in portum salvâ nave venire nequiverit.* Hinc voluntas maleficia distinguere dicitur; neque tam factum quam caussam faciendi quæri *l. verum est 39. in prin. D. de furtis*: Hinc prætor jus condere dicitur etiam cum inique decernit, *l. pen. D. de Iustitia & jure.* Justus septies de die cadere *proverb. 24. cap. 16.*

Divinæ

Divinæ magis quam humanæ constantiæ esse in nullo errare *Constit. Justinian. ad Mag. Senat. & pop. Dedit nobis Deus, &c. §. si quid autem 13.* Quod ex imbecillitate humanæ naturæ fit veniam mereri *d. §. si quid autem 13. & §. sed etsi 16.* Legumlatores excusari, cum ob rerum humanarum vicissitudines subinde constitutiones suas corrigunt aut mutant *novell. 49. in prin.* Adeò ut per necessitatem quandam eveniat quod in voluntate Justitia fundetur, uti etiam pleræque omnes muneris & officii humani regulæ. Et quidem voluntas illa *constans & perpetua est jus suum cuique tribuendi*: non enim satis est semel iterumque, quod jus præcipit, facere voluisse, sed semper, Quippe bonum ex integrâ caussâ, malum ex singulis defectibus nascitur.

DUBITATIO VI.

An Ulpianus in l. 10. §. 2. D. de Justitia & jure *& Iustinianus* in §. 1. Instit. eod. *Iurisprudentiam ad pompam magis & ostentationem quam è vero definierint?*

CUm Ulpianus *in l. 10. §. 2. D. de Justitia & jure* & Justinianus *in §. 1. instit. eod.* Jurisprudentiam definiunt, divinarum atque humanarum rerum notitiam, justi atque injusti scientiam. Existunt plures qui hanc definitionem ad pompam magis & ostentationem, quam è vero conceptam esse scribunt. Quos tamen errare ex eo animadvertere licet, quod res divinæ, utpotè humanis digniores, his recte præponantur, dicaturque Jurisprudentia divinarum atque humanarum rerum notitia, non scientia: nam scire est per caussas noscere; rerum autem divinarum caussæ nos lateant, uti & humanarum pleræque. Deinde quia Jurisconsultus neque divinas neque humanas res per se & qua tales sunt considerat: ita enim Juris-

risprudentia artium quidam circulus & encyclopædia esset, sed quatenus Dei hominumque sunt, & in iis atque circa eas quid justum sit aut injustum quæritur: ut quæ Dei sunt Deo, quæ hominum sunt hominibus tribui queant. Dicitur Jurisprudentia justi atque injusti scientia: utriusque enim caussas noscere Jurisconsultum decet, ut malum declinari, bonum promoveri, omniaq; ad communem atq; singulorum utilitatem dirigi possint. Dicitur autem scientia latè, ut etiam *in l. 2. §. juris 35. D. de Orig. juris*: strictè enim scientia non est; cum quia subjectum ejus non est perpetuum, necessarium & scientificum, de quo affectiones per propria principia demonstrantur, sed contingens ac mutabile, neutiquam necessarium, nisi fortè ex hypothesi: unde etiam in Jure nostro veræ demonstrationes non dantur: Tum quia finis ejus in ipsâ cognitione non acquiescit: nam scire jubet quid cuique tribuendum; non ut id sciatur tantum, sed etiam, quantum in unoquoque situm est, cuique tribuatur. §. *3. Instit. de justitia & jure.* A Jurisprudentia (ut & hoc addam) alioquo modo differt jus sumptum pro arte boni & æqui: illa enim definitur *in l. 10. §. 2. D. de justitia & jure*, hoc autem in *l. 1. §. 1. D. eod.* & quidem aliis nominibus, naturâ quoque suâ res diversas significantibus. In definitione Jurisprudentiæ non solùm justi sed etiam injusti mentio fit; at in definitione juris boni & æqui tantum, nullo modo injusti. Jurisprudentia dicitur notitia & scientia quæ subjecto, menti scilicet humanæ inhærent: jus est ars, ars autem à subjecto abstrahitur; cum alia sit ars, alia artis ipsius scientia sive affectatio. Per justi atque injusti scientiam artem boni & æqui concupiscimus; aliud autem est quod affectatur, aliud quo quid affectatur. Hisce non obstat quod rubrica Institutionum concepta sit *de Iustitia & jure*, & post definitionem justitiæ illico definitio Jurisprudentiæ sequatur; ex quo

sequi

ſequi videtur jus à Juriſprudentia non differre: Quia de jure tractatur *in §. 2.* ubi methodus docendi juris, *in §. 3.* ubi juris præcepta, *in §.4.* ubi diviſio juris proponuntur; ut neceſſe non ſit per Juriſprudentiam *in §. 1.* jus intelligere. Nec obſtat quod Juriſconſulti vocabulo ſcientiæ & artis promiſcuè ſubinde utantur, *§. 4. proœm. Inſtit. l. 2. §. juris 35. D. de origine juris l. ſi ſervum 91. §. 3. D. de verb. obligat.* quia ex eo non ſequitur jus cum Juriſprudentiâ confundi. Dicitur autem jus ars latè, pro quâvis diſciplinâ & doctrinâ: cum enim nullum poſt ſe opus externum relinquat (quod tamen artis eſt ſtrictè dictæ) ſed in ipſo boni & æqui exercitio deſinat, ars ſtrictè dici nequit. Et quidem dicitur ars boni & æqui: bonum ab æquo differt, quod illud abſolutè conſideretur; quatenus ſcilicet probè cognitum ab omnibus probetur & appetatur: æquum verò relativè; inſtituta ſcilicet inter duo vel plura proportione, & quaſi adæquatione. Hinc bonum eſt mulieris bona per maritum, cui ipſa ſe credit, gubernari, at non æquum, ſi ipſa nolit. *l. hac lege 8. Cod. de pactis conuentis tam ſuper dote, &c.* Æquum eſt deponenti depoſitam rem reſtituere; non tamen bonum ſi capitale crimen commiſerit ob quod bona ejus fiſco addicta ſunt, *l. bona fides 31. in prin. D. depoſiti.* Porro cum actio funeraria ex bono & æquo oriatur: bonum autem ſemper ſit mortuum ſepeliri; ideo *in l. etſi 14. § hæc actio 6. D. de religioſis & ſumpt. funer.* ſolummodo diſputatur quos ſumptus in funus æquum ſit facere.

DUBITATIO VII.

Num jus naturale rectè definiatur ab Vlpiano in l. 1. §. pen. D. de Justitia & jure, *& Iustiniano* in prin. Instit. de jure nat. gent. & civili. *Et, an aliquod sit ius propriè dictum commune hominum & brutorum animantium?*

VApulat Justinianus quod *in prin. Instit. de jure nat. gent. & civili* post Ulpianum *in l. 1. §. pen. D. de Iustitia & jure* jus naturale definierit, illud quod natura omnia animalia docuit; constantique satis assertione jus aliquod commune hominum & brutorum animantium uterque constituerit *d. l. 1. §. pen. D. de Iustitia & jure & prin. Instit. de jure nat. gent. & civil.* Sed immeritò: natura enim cordibus omnium animalium certas insculpsit notitias, quas cum observant & secundum quarum dictamen cum agunt, faciunt quod bonum & æquum est; ideoque quod justum: quapropter debet esse aliquod jus cujus intuitu id justum dici possit. Ex noticiis istis descendit appetitus sui conservandi & ad debitum finem perveniendi, quæ est inclinatio naturæ communis homini & aliis animalibus; *D. Thomas ad cap. 7. lib. 5. Ethic. Arist.* Hinc bruta animantia juris naturalis peritiâ censeri dicuntur, *prin. Inst. de jure nat. gent. & civil. l. 1. §. pen. in fine D. de Iustitia & jure*, id est, æstimari & admirationi esse; eo quod æque ac homines naturali juri obedire, illudque exequi norunt.

Objicies quod ubi non est ratio, ibi non possit esse jus: in brutis animantibus non sit ratio, Ergo non possit esse jus. Ego distinguo majorem propositionem: aut enim intelligitur de ipso jure quod rationem habere debet; & vera est: quare dico jus naturale ratione destitutum non esse; cum ab æternâ lege proveniat quæ secundum D. Thomam *1. 2. quæst. 93. art. 1.* est sum-

est summa ratio in Deo existens: nec ullum naturalis juris præceptum sit cui ratio perfectiori quodam modo non inest, *arg. d.l.1.§.pen.D. de Iustitia & jure. prin. Instit. de jure nat. gent.& civil.* aut major propositio intelligitur de subjectis & regulatis, quibus jus præscribitur; & dico eam absolutè veram non esse, quinimo falsam cum de jure naturali quæritur: Si enim ratio in iis qui jus servare debent necessaria foret, maximè illi judicarent de jure: atqui hoc eis permissum non est. Licet enim qui leges condunt, de legibus cum eas ferunt judicent; attamen cum eas tulerunt & firmarunt, Judicibus non permittunt (multo minus aliis) de iis, sed jubent secundum eas judicare, *c. in istis 3. distinct. 4.* Quod multo magis de jure naturali dicendum est: hoc enim divina quadam providentia constitutum Deum auctorem habet, §. *pen. Instit. de jure nat. gent. & civil.* cujus consilium alicujus judicio subjicere impium foret, *arg. Epist. ad Rom. cap.9. vers. 19.& seqq.* Hinc prima lex quam Deus homini dedit, fuit puræ obedientiæ, fuit mandatum nudum & simplex, in cujus observatione proprium officium inferioris superiorem humiliter recognoscentis consistebat, non in examine super ipso præcepto vel ratione ejus; quinimo lapsus est homo cum super eo ratiocinari secumque perpendere fraudulentam illam promissionem incepit: *eritis sicut Dii scientes bonum & malum.* nisi quod ratiocinari super lege ejusque ratione permissum sit, de cujus mente ac sententia non benè constat, vel si constet, ad duritiem iniquitatemque vergit, vel ignoretur an huic illi-ne casui accommodari possit aut debeat, *l. non possunt 12 cum ll. seqq. D. de legibus l.1. l.9. l.ult. Cod. eod.* quod de jure naturali dici nequit; utpote quod omnibus animantibus à naturâ insculptum est, & tam probè ipsis cognitum, ut illud etiam cum volunt obliterare nequeant. Quod ad minorem oppositi argumenti

 propo-

propoſitionem adtinet: concedo in brutis animantibus rationem non eſſe: verùm nego illas animi facultates non reperiri quæ ad juris naturalis obſervationem neceſſariæ ſunt: quare licet bruta ratione careant, nec eodem jure gentium vel civili comprehendantur; nihil tamen impedit quominus jus naturale inter ea & homines commune ſit. Quod autem in brutis certæ animi qualitates aliquo modo rationi ipſi correſpondentes, aut ſaltem proximè eam imitantes, reperiantur, ex cerebri cumprimis compoſitione, quo ſolo ad ratiocinandum anima utitur, animadvertere licet, quæ eadem in brutis, uti eſt in hominibus. Hinc videmus etiam bruta à ſingularibus aliquo modo ad univerſalia concludere: ex aſpectu unius hominis noſcere omnes: adhæc conjungere & dividere: diſtinguere bonum à malo in uſum vitæ ſuæ, libertatis, ac parvulorum ſuorum: abſtrahere res à ſuis corporibus.

Quippe videbis equos fortes cum membra jacebunt
In ſomnis, ſudare tamen, ſpirareque ſæpe
Et quaſi de palma ſummas contendere vires.

Lucretius *lib. 4.* ubi porro ita pergit:

Venantumque canes in molli ſæpè quiete
Iactant crura tamen ſubito, voceſque repente
Mittunt, & crebras redducunt naribus auras,
Vt veſtigia ſi teneant inventa ferarum.
Expergefactique ſequuntur inania ſæpè
Cervorum ſimulacra, fugæ quaſi dedita cernant:
Donec diſcuſſis redeant terroribus ad ſe.

Nota eſt ſolertia Vulpium Thraciæ volentium flumina congelata tranſire: Canum, qui ut ſciant quam ex tribus viis ingreſſus eſt dominus, poſtquam ex olfactione de duabus certiores facti ſunt, tertiam concitato curſu abſque ullo alio experimento ingrediuntur: Elephantum in extrahendis telis non

non ſolum è propriis ac ſociorum, verum etiam Rectorum ſuorum corporibus: Corvorum Africanorum, ut aquam attingere poſſint: Boum in hortis regiis Suzæ: Muli Thaletis Philoſophi: Formicarum in inſtituendâ œconomiâ: Apum in politiâ: hinc Virgilius *Georg. lib.4.*

His quidam ſignis atque hæc exempla ſequuti,
Eſſe apibus partem divinæ mentis, & hauſtus
Æthereos dixêre.

Idem de apibus *eod. lib.*

——— *Magniſque agitant ſub legibus ævum.*

Objiciunt, quod hæc omnia, & ſi quæ ſint ſimilia, inſtinctui & inclinationi naturali attribuenda ſint. Reſpondeo hoc falſum eſſe: alioquin enim bruta eodem ſemper modo agerent, nec poſſent aliter agere; atqui hoc à vero alienum eſſe quotidiana experientia & illa brutorum libertas, de qua ſtatim dicetur, evincunt. Sequeretur etiam, bruta neque addiſcere, nedum docere, quidquam poſſe: at poſſe, vel tot hiſtrionum canes arguunt, ac inter illos is de quo Plutarchus; qui in ſcenam productus ſtupendo quodam more primò ægrotum, deinde mortuum (ut nequidem graviſſimis verberibus actus, & de uno in alium locum projectus, ullam ullius ſenſus imaginem exprimeret) tandem à mortuis reſurgentem, imitabatur. Ut de canibus venaticis aquaticiſque nihil dicam, idem arguunt pſittaci, picæ, merulæ, & qui in omni diſciplinarum genere reliqua animalia ſuperare videntur, Elephantes, de quorum arte bellica Juvenalis *Satyr.12.*

———*ſiquidem Tyrio ſervire ſolebant*
Annibali, & noſtris ducibus, regique Moloſſo,
Horum majores, & dorſo ferre cohortes,
Partem aliquam belli & euntem in prælia turmam.

Præterea, ecquid non à brutis didicêre Medici? Ecquid, vel ex ſacrarum literarum Sanctorumque patrum adhortatione,

discere ab iis non jubemur? videtur omnis ad innocentiam, simplicitatem, libertatem & dulcedinem naturalem compositio ab iis petenda. hinc notum illud: *major serpentum ferarumque concordia quam hominum.* nec non quod de homicidio Juvenalis *Satyr. 15.*

——— quando leoni
Fortior eripuit vitam leo, quo nemore unquam
Expiravit aper majoris dentibus apri?

Objiciunt quod hæc & similia pauca duntaxat quorundam animalium exempla sint; jus autem naturale à totâ brutorum velut republicâ, seu numerosissimis reliquorum gregibus petendum sit. Respondeo, peti haud difficulter posse: *videmus etenim*, inquit Ulpianus, *cætera quoque animalia, feras etiam, istius juris perita censeri. l. 1. §. pen. D. de Iustitia & jure:* quemadmodum manifestè colligitur ex iis quæ adferunt Aristoteles *Histor. animal.* Ælianus *de animalibus*, Plutarchus *lib. de solertia animalium*, Raimondus Sebondus *in theol. natural.* Montanus *in apologia pro Sebondo*, Petrus Charron *Theat. sapient. lib. 1. cap. 8.* aliique, & ipsa quotidiana experientia docet: Verum non æquè facilè ab omnibus intelligi vel admitti; idque propter hominum superbiam & arrogantiam, qui in hac quæstione, atque ita propriâ suâ caussâ se Judices testesque constituunt; & Deo se æquiparantes eas duntaxat animi vires reliquis animantibus tribuunt, quæ infinitæ distantiæ quam inter se & illa intercedere sibi imaginantur, minimè præjudicant.

Objiciunt quod homines ratione præditi sint, ac proinde voluntate certoque animi judicio approbare, & justitiæ servandæ caussa naturæ præcepta exequi possint; bruta autem ratione carere dicantur, *l. 1. §. ait Prætor. 3. D. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. Instit. eod.* Respondeo, ex eo inferri non posse quod jus, quod natura bestias docuit, ullo modo discre-

pet ab eo quod docuit homines, ſed duntaxat quod qualitas utentium differat: quæ non ſolum diverſitatem juris non inducit, ſed nequidem medii, quo ea, quæ jus dictat, fiunt.

Objiciunt, quod ſocietas inter eos quos idem jus complectitur, eſſe debeat: quæ tamen inter homines & reliqua animantia non reperitur. Reſpondeo, ſocietatem illam abſolutè & ſimpliciter ad eſſentiam juris non requiri: ſufficere ut ſit poteſtas jubendi, neceſſitas obediendi, & quod præcipitur bonum & æquum ſit: Multo minus neceſſe eſſe, ut illa ſocietas æqualis ſit; idque exemplo ejus quæ inter Romanum & alium liberum populum quem inæquali fœdere ſibi conjunxit, intercedit; *l. non dubito 7. §. 1. D. de Captivis & poſtlim. reverſ.* ut nihil dicam de ea quæ inter Magiſtratus & cives, *l. 2. §. poſt originem 13. D. de origine juris l. 1. D. de conſtit. princip.* dominos & ſervos ſpectatur, *tot. tit. Inſtit. de jure perſonarum.* Quinimo ſi ſocietas aliqua conſtituenda ſit, adducam præter generale vinculum quo omnes res ſibi invicem intercalatæ & concatenatæ ſunt in illa generali politiâ mundi & naturæ, ſpeciale illud quod inter homines & bruta ex communione naturæ animalis proveniens intercedit.

Objiciunt quod, ſi jus aliquod commune inter homines & bruta conſtituatur, non poterit animal ab homine offendi: quin illi etiam juri detrahatur: cum tamen Deus in primâ creatione omnia animalia homini ſubjecerit. Reſpondeo, poteſtatem quam in primâ creatione homo in bruta accepit, non ex jure naturali, de quo nobis ſermo eſt, ſed præter jus naturale ex ſpeciali prærogativâ, à Deo nominatim homini tributâ, proveniſſe, *Geneſ. 1. verſ. 26 & 28.* nec eo extenſam fuiſſe ut jure in bruta ſævire vel ea occidere, etiam manducandi cauſſâ homini permiſſum eſſet, *Geneſ. 1. verſ. 29 & 30.* Eodem modo reſpondeo ad facultatem veſcendi brutis anima-

libus

libus quæ post lapsum homini concessa est, *Genes. 9. vers. 2 & 3.* atque etiam occidendi. Ut omittam quod, si non jus gentium vel civile, saltem naturale homo violare possit, si sine ullâ caussâ supra modum in bruta sæviat: usus enim eorum, non abusus, ei concessus est. Hanc autem peculiarem potestatem, Deum utpotè creaturarum omnium Auctorem supremumque Dominum, homini tribuere potuisse quis ibit inficias? Enimvero quod eam Deus prærogativam non secundum sed præter jus naturale homini tribuerit, ex eo patet, quod ante lapsum non competiit, & ita propriè non sit perpetua; jus autem naturale perpetuum sit, *§. pen. Instit. De jure nat. gent. & civili.* Quod ex accidenti tantum competere homini cœperit; & quidem eo primùm tempore, quo ob imprecationem divinam nec herbæ nec arborum fructus alendis hominibus sufficerent: Quod circa eam mutatio & quidem insignis contigerit, *arg. Genes. 1. vers. 26. & 28. juncto cap. 9. vers. 2. & 3.* jus autem naturale sit immutabile, *§. pen. Instit. de jure nat. gent. & civil.* Quod peculiaribus constitutionibus tam ante quam post diluvium latis concedi & tribui debuerit, *Genes. 1. vers. 26. & 28. juncto Genes. 9. vers. 2. & 3.* Quod illam hominis prærogativam bruta animantia non agnoscant: agnoscerent autem si juris naturalis esset, *arg. prin. & §. pen. Instit. de jure nat. gent. & civil. l. 1. §. pen. D. de justitia & jure.* quod autem eam non agnoscant ex eò patet, quod uti homo terrorem brutis, ita terrorem homini bruta incutiunt: sicuti homo leonibus vel tigridibus insidiatur, ita leones vel tigrides homini: venatur homo, venantur & alia animalia, *Iuven. Satyr. 14.*

——— Serpente ciconia pullos
Nutrit & inventa per devia rura lacerta
Et leporem & capream famulæ Iovis, & generosæ
In saltu venantur apes.

Quin-

Quinimo cutis ipsius hominis turpium quorundam animalculorum pascuum est, & sanguis alimentum; idque sive velit sive nolit: Cujus præterea, sive imperium sive dominium vocites, tam exiguum est, ut nulla nequidem minima musca sit quæ illud curat: & quamvis curaret, non tamen propterea communio juris naturalis excluderetur, cum illud particulari concessione & beneficio præter jus naturale homini à Deo nominatim tributum sit, eodem plane modo quo inter dominum & servum juris naturalis communio est; licet hic illi ex alio capite subjiciatur, *tot.tit.Instit. de jure personarum. prin. Instit. de Libertinis.*

Objiciunt, quod injuriam non sentiat animal ab homine; ergo nec juris cum illo communis capax. Respondeo, animal injuriam non sentire cum homo jure suo utitur, non cum sine causa in animal supra modum sævit: hoc enim casu, licet nihil contra jus gentium vel civile fiat, attamen jus naturale offendi, ejusque intuitu injuriam fieri. Præterea falsa est consequentia: quia peculiaris illa hominis prærogativa præter jus naturale ex speciali concessione Dei provenit.

Objiciunt, quod si non facit animal injuriam, ergo nec ei fieri potest. Respondeo, admisso non concesso antecedente consequentiam falsam esse: Nam furiosus injuriam non facit, *arg. l. Divus 14.D. de offic. præsid.* quæ tamen ipsi fieri potest. E converso, servus injuriam non patitur, *§. servis 3. Instit. de injuriis.* quam tamen facere potest. *l. sed si unius 17. §. cum servus 4. §. si jussu 7. §. si servus 9. l. eum qui 18. §. 1. D. de injuriis.*

Objiciunt, quod bruta injuriam facere non dicantur sed pauperiem. *l. 1. §. ait prætor. 3. D. & prin. Instit. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.* Respondeo, ex eo inferri non posse, nullum jus brutis à natura impositum esse: Quia injuria *in d. l. 1. §. 3. D. & prin. Instit. si quadrupes &c.* sumitur pro eo

quod vel contra jus gentium vel civile est, non autem naturale, atque ita pro malevolo animo perversaque voluntate alteri nocendi, quæ propriè & strictè sumpta in brutis non reperitur. *l. illud. 3. §. 1. D. de injuriis. d. l. 1. §. 3. D. si quadrupes.* reperitur tamen in ijs æquipollens aliquid, ex quo actio de pauperie nascitur. *tot. tit. D. & Instit. si quadrupes pauperiem &c.* si enim brutum ex peculiari, & toti suæ speciei non communi feritate ac malitia alicui noceat, dominum suum ad resarciendum damnum obligat; ni malit animal noxæ dedere, *prin. Instit. & §. 1. si quadrupes pauperiem.* ideo autem dominum obligat, quia cum pecore nulla est actio, uti & hoc de noxalibus actionibus, quibus domini ob delicta servorum suorum conveniuntur, traditum est *tot. tit. Instit. & D. de noxalibus actionibus.*

Objicit D. Seldenus *de jure nat. & gent. lib. 1. cap. 4.* Quod non possit esse propriè dictum jus ubi non est libertas: at licet in brutis aliqua absoluta & simplex concipi possit: quæ naturalis facultas est ejus quod cuique facere lubet. *§. & libertas. Instit. de jure personar. l. 5. D. de statu hominum,* & cui proprium sic vivere ut velis, *Cicero de Officiis 1.* non tamen est libertas restricta & cum hoc temperamento, quod in definitione (quæ est *d. l. 5. D de statu hominum. & §. & libertas. Instit. de jure personarum*) sequitur: *nisi si quid vi aut jure prohibetur* quod omnino necesse erat. Respondeo ea libertate quæ *in d. l. 5. D. de statu hominum. & §. & libertas. Instit. de jure personarum*, definitur, bruta quoque gaudere. Probatur ex mente Ulpiani *in l. manumissiones 4. D. de justitia & jure.* & Justiniani *in prin. Instit. de Libertinis*, ubi libertatem ad jus naturale, prout à jure gentium & civili distinguitur, referunt. Denique falsum est quod ad hunc locum *vis*, quatenus injuria in ea contineatur non spectat. Vis enim absolutè posita in malam partem, ac pro ea quæ injuriam in se continet, accipitur. *arg. l. ut*

vim

vim. 3. D. de justitia & jure. l. scientiam 45. §. ult. D. ad leg. Aquil. l. extat. 13. D. quod metus causs. tot. tit. D. & Instit. de vi bonor. raptor. tot. tit. D. quod vi aut clam. Item de vi & vi armata. Cod. unde vi. §. recuperandæ. 6. Instit. de interdictis. cum infinitis similibus. Sensus ergo horum verborum: *nisi si quid vi*, hic est: nisi si quid vi injustè illatâ prohibeatur quominus fiat quod lubet: tunc enim libertas retinetur quamvis usus ejus impediatur: veluti si quis vinctus à latronibus vel piratis detineatur. At ubi quid vi justè illatâ prohibetur, libertas amittitur: veluti si quis ab hostibus capiatur. *§. 3. & 4. Instit. de jure personarum.* Hæc autem verba *aut jure prohibetur* nihil aliud volunt, quam posse quid jure prohiberi quominus fiat quod lubet, & tamen illibata manere libertas: Hinc Tullius pro Cluentio: *Legum*, inquit, *idcirco omnes servi sumus ut liberi esse possimus.* Et Papinianus: *Quæ lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt: nec facere nos posse credendum est. l. filius 15. D. de condit. Instit.* Obedientia enim quæ juri debetur non pugnat cum libertate, sed eam tuetur: Enimverò brutorum facultas vivendi ut velint, solo jure naturali attemperatur; at hominum, non solum naturali, sed etiam gentium & civili: nam quod sibi jus gentes universæ vel civitates singulæ constituerunt, ad bruta animantia non pertinet, *arg. §. 1. & 2. Instit. de jure nat. gent. & civil. arg. l. ult. D. de Iurisdictione.* Quapropter pleniori ac magis integra libertate bruta gaudent quam homines: Naturali enim facultate ejus quod ipsis facere lubet, bruta rarò abutuntur: quippe in ipsis est magna moderatio appetituum & actionum: magna innocentia, securitas, requies, & vitæ tranquillitas: circa res naturales & licitas sine pudore, metu ac ceremonia versantur. At homines (proh pudor) magnâ illâ animi prærogativâ, &, qua cæteris animantibus præstant, viva-

citate, subtilitate ac ingenii solertiâ abutuntur creberrime: hinc tanta in ipsis inconstantia, irresolutio, superstitio, anxia circa res futuras sollicitudo, ambitio, avaritia, invidia, curiositas, detrectatio, mendacium, mundus inordinatis appetitibus, offensionibus ac ægrimoniis repletus: Ita ut non solo jure naturali sed etiam gentium & civili tanta quasi licentia refrænanda fuerit.

Objicit D. Seldenus, bruta animantia propriè non obligari, ac proinde nec delinquere. Respondeo utrumque falsum esse: obligantur enim saltem ad hoc quod jure naturali bonum & æquum est: prohibentur ab eo quod eodem jure malum & iniquum est. Quod autem delinquant manifestè evincit actio de pauperie *tot. tit. D. & Instit. si quadrupes pauperiem &c.* de qua Ulpianus *in l. 1. prin. D. eod.* in hæc verba *quæ lex voluit: aut dari id quod nocuit, id est, id animal quod noxiam commisit: aut æstimationem noxiæ offerre. Noxia autem est ipsum delictum* Hinc in versiculo Azonis apud Accursium,

Noxia delictum est, delinquens noxa vocatur.

Quod autem noxia, id est, delictum actionis de pauperie unica causa sit, non autem culpa domini animalis quod nocuit evincit *d. l. 1. §. itaque 2 in fine cum §§ seqq. D. eod.* nec non *d. l. 1. §. 6.* cum ait: *Et si alia quadrupes aliam concitavit, ut damnum daret: ejus, quæ concitavit, nomine agendum est.* Cum si homo concitasset, vel domini culpa intervenisset, actio de pauperie cessaret. *d. l. 1. §. sed & si 4. D. eod.* ita ut idem in pecudibus quod in hominibus obtineat: ut ea quæ damni occasionem dat, ipsa damnum dare videatur. *l. qui occidit 30. §. in hac actione l. si ex plagis 52. §. 1. & 2. D. ad leg. aquil. l. is damnum dat. 169 D. de reg. juris.* Accedit distinctio Quinti Mucii: *Cum arietes vel boves,* inquit Ulpianus, *commisissent, & alter alterum occidit: Quintus Mucius distinxit: ut siquidem is perisset, qui aggressus*

erat

erat, cessaret actio: si is qui non provocaverat, competeret actio. d. l. 1 §. 11. D. eod. nec non responsum Alfeni: *Agaso cum in tabernam equum deduceret, mulam equus olfecit, mula calcem rejecit & crus Agasoni fregit. consulebatur, possetne cum domino mulæ agi, quod ea pauperiem fecisset: respondi posse.* Quid enim contra jus naturale deliquit equus dum in transitu mulam olfaceret? deliquit autem mula dum calcem rejiceret. Præterea cum animal ex naturali inclinatione totique speciei feritate communi damnum dat, actio de pauperie cessat. *§. 1. Instit. si quadrupes pauperiem &c.* ita ut tum solummodo competat, cum ex peculiari vitio & non toti speciei communi animal delinquit, illasque notitias violat quas auctor naturæ cordibus illius generis animalium in ipsa creatione insculpsit. Hisce nihil obstat quod dicitur *in l. 1. §. 1. D. si quadrupes pauperiem &c. & §. 2. Instit. eod.* nempe quod *pauperies est damnum sine injuria facientis datum, nec enim potest animal injuriam fecisse quod sensu caret.* quia appellatione injuriæ non intelligitur quod contra jus naturale committitur, sed gentium & civile, *arg. prin. Instit. de jure nat. gent. & civil.* Dicitur enim animal injuriam non facere *quod sensu caret*, id est, sensu rectæ & perfectæ rationis: alioquin animal sensu, id est anima sentiente carere, ac ea, quæ natura communis docet, ignorare quis dicet? Nihil etiam obstat canon *mulier. 15. quæst. 1.* (quem quia a nostris male exponitur totum referam) *Mulier*, inquit Augustinus, *quæ accesserit ad omne pecus; & vult ascendi ab eo, interficietis mulierem & pecus: morte moriantur: rei sunt. Quæritur, quomodo sit reum pecus, cum sit irrationale, nec ullo modo legis capax. & infra: Pecora inde credendum est jussa interfici, quia tali flagitio contaminata, indignam refricant facti memoriam.* Illa enim verba, *Quæritur quomodo sit reum pecus &c.* non de reatu pecoris simpliciter, sed de reatu

pecoris-

pecoris ſimili ei in quo conſtituta eſt mulier, intelligi debent. Nam cum eodem genere ſupplicii pecus affici, quo mulierem dixerat, quæri rectè poterat, quo jure: cum mulier contra jus naturale, gentium & civile, deliquerit: pecus verò contra jus gentium vel civile nullo modo: utpote quo neutro obſtrictum eſt: contra jus autem naturale, tantum ex parte: quia quodammodo innocens, mulieris nequitiâ & flagitio duntaxat contaminatum eſt. Eodem modo intelligendus D. Thomas *1. 2. quæſt. 105. art. 7. ad 11.* nam loquitur de animalibus quæ vel contra jus naturale abſolutè & ſimpliciter non peccaverant; vel ſi peccaverant, & tamen non propter propriam ſuam culpam occidi dicantur, ea intelligitur culpa, quæ præcipuè contra jus gentium & civile committitur. Porro bruta animantia delinquere ex iis quoque intelligi quæ jam dicturus ſum, poteſt.

Objicit D. Seldenus quod nullæ in bruta jus naturale violantia conſtitutæ ſunt pœnæ, ſine quibus tamen jus propriè dictum concipi nequit. Priuſquam ad hanc objectionem reſpondeam, dico delicta brutorum animantium, utpotè à ſocietate hominum remotorum, rarò ad notitiam hominum pervenire: in iis vindicandis nullam judicii formam, utpotè quæ à jure gentium vel civili eſt, ſervari: præterea vix admittendum eſſe, ut delicta brutorum ad cognitionem & juriſdictionem hominum pertineant: utpotè qui ipſi inter omnia animantia difficillime intra naturæ limites conſiſtunt: bruta enim non ſolum non tanguntur cupiditatibus non naturalibus, ſuperfluis & artificialibus, quæ omnino vitioſæ ſunt & infinitæ, ſicuti homines, qui ſæpè iis inextricabiliter irretiti ſunt; ſed etiam in naturalibus, veluti edendo, bibendo, coëundo longe retentiora & moderatiora ſunt: unde etiam proſpera valetudo fortior & conſtantior in ipſis eſt quam in hominibus. Si

tamen

tamen bruta (ut reſpondere incipiam) ex peculiari quodam vitio & non toti ſpeciei communi damnum aliquod hominibus dederint; vel cum deliquêre, ſocietatis humanæ interſit in publicum ipſa proferri, cognitio & animadverſio ad homines ſpectabunt, qui eas à brutis pœnas exigent, quas delicto ſuo promeruêre. Profero actionem de pauperie, quæ quidem ex parte ejus qui eam inſtituit, reſarcitoria damni dati eſt, & ita perſecutoria rei; at ex parte ejus, adverſus quem intentatur, pœnalis: non quod ipſe deliquerit ulliuſve culpæ reus ſit, ſed quod pecus quod deliquit, neque reſarcire damnum quod dedit poſſit, (nihil enim proprii habet) neque ſe ei cui nocuit dedere, cum in alterius dominio ſit: alterutrum tamen fieri interſit ejus cui damnum datum eſt. Eodem planè modo quo noxalis actio propter delictum ſervi adverſus dominum ejus movetur *tot. tit. D. & Inſtit. de noxal. action.* cum tamen nemo facilè dixerit ſervum non deliquiſſe, nec ad pœnam obligatum eſſe. *l. 1. D. & prin. Inſtit de noxal. action.* Quare à ratione juris alienum eſt quod ait D. Seldenus, non ob delictum animalis vel ſui pœnam, perinde ac ſi jus aliquod ipſum violaſſet, ſed in æſtimationem noxæ ac compenſationem damni illati actionem de pauperie comparatam eſſe. *d. lib. 1. cap. 5.* Si enim hoc verum ſit, cur non datur actio de pauperie adverſus dominum, cujus animal ex genitali & toti ſuæ ſpeciei communi feritate damnum dedit? *l. 1. §. 8. D. §. 1. Inſtit. ſi quadrupes pauperiem &c.* Cur decernitur adverſus dominum in cujus poteſtate eſt animal, cum ob pauperiem agitur, & non eum, in cujus poteſtate fuit, cum damnum daret? *l. 1. §. & cum etiam. 10. D. de noxal. action.* Cur ſi homo furioſus alicui damnum dederit, non decernitur actio illius damni reſarcitoria? *arg. l. Divus 14. D. de officio præſidis.* Hoc quidem admitto, quod ſi ſervus furtum commiſit, dominus noxali actione conventus

debeat

debeat non ſolum damnum furto datum reſarcire, ſed inſuper duplum vel quadruplum inferre, aut ſervum noxæ dedere. *l. 1. in fine D. de noxal. action.* Si verò pecus ex ſingulari vitio damnum dederit, liberetur dominus illud reparando vel animal noxæ dedendo. *prin. Inſtit. ſi quadrupes pauperiem &c.* At hoc non provenit ex eo quod animal non deliquit, pœnamve nullam promeruit, ſaltem à domino pro ipſo pecore quod nihil proprii habet luendam, ni malit noxæ dedere: ſed quod magis ſervus deliquit quam pecus: hoc enim contra jus naturale tantum, at ille contra jus gentium & civile commiſit. Idem arguit ipſa noxæ deditio, in hunc duntaxat effectum excogitata, ut cum dominus quaſi pro pecore pecuniariam pœnam præſtare non vult, cute luat, aliove modo ſatisfaciat, quod nec ipſum nec alius pro eo in ære habet. *arg. l. 1. §. ult. D. de pœnis l. qui ædes 9. D. de incendio ruina &c.* Quod ſi animal proprio ſuo domino nocuerit, ceſſat quidem actio de pauperie, uti & omnis alia, non tamen propterea immune à delicto vel pœna eſt, cum utriuſque nomine domino ſuo obſtringatur, qui proinde jure ſuo in illud animadvertere pro ratione commiſſi delicti poteſt: eodem plane modo quo liberi, qui parentibus, vel ſervi dominis ſuis damnum dederunt, aliove modo adverſus ipſos deliquerunt, emendari ac puniri ſolent. *tot. tit. Cod. de emendat. ſervorum. & tot. tit. Cod. de emendat. propinquor.* Præterea huc ſpectat ex lege Moſaica lapidatio bovis qui hominem interemit, *Exod. 21. verſ. 28.* interfectio pecoris quod nefanda libidine cum homine commixtum fuit, *Levit. 20. verſ. 15,* Quò etiam illi Judices reſpexêre, qui porcum, quæ puerum devoraverat, laqueo mulctarunt. *Guido Papæ quæſt. 238. Rebuffus ad Conſtitutiones regias, gloſſ. 5. num. 46.* Qui canes ultimo ſupplicio publicè affici juſſêre, ob hominem religioſum decerptum. *Mornacius ad l. 1. D. ſi quadrupes*

pauperiem

pauperiem fecisse dicat. Nec non illi qui equas, vaccas vel capras ob nefandam venerem una cum correis hominibus igne absumunt aliove modo puniunt. *Ranchinus ad quæstionem 238. Guidonis papæ. Iulius Clarus 5. sentent. §. fin. quæst. 99. n. 8.* Quod & apud Athenienses ex lege Draconis in usu fuit. *Budæus inl. aut facta. §. eventus. D. de pœnis.* quemadmodum & apud Africanos. *Plinius lib. 8. cap. 16.* & in republica sua observari voluit Plato *lib. 9. de legibus.* Si dicas has pœnas irrogari, ne quid, hominis caussa, denuo ab illis animalibus parile fieret. respondeo hanc exceptionem in quovis scelerato, qui propter delicta sua punitur, etiam obtinere: ac proinde delictum & pœnam magis includere quam excludere: Imo, quod in genere pœnarum summum est, mortem scilicet, irrogare. Dices lege Mosaicâ ideò pecora interfici jussa, quia tali flagitio contaminata refricant facti memoriam, *c. mulier 15. quæst. 1.* vel in pœnam dominorum, qui talia animalia non custodierant ab ejusmodi peccatis. *D. Thomas 1. 2. quæst. 105. art. 2. ad 11.* vel in detestationem peccati, & ne ex eorum aspectu aliquis horror hominibus incuteretur. *D. Thomas d. loc.* Respondeo has rationes optimas esse, cum quæstio movetur de animalibus hominis duntaxat nequitiâ contaminatis, adeoque ex parte innocentibus: vel cum de delictis quæritur paribus illis quæ homines committunt, qui contra jus gentium & civile peccant, bruta autem contra jus naturale tantum: Imo primam & tertiam rationem in quovis homine scelerato etiam obtinere ac proinde bruta à delictis vel pœnis non eximere: In omnem eventum hanc superesse difficultatem, quid ex lege Mosaica dicendum: Si pecus ex peculiari & non toti suæ speciei communi malitiâ hominem interfecerit, cum nihil domino ejus imputari possit, ac forte ab ignaro commissi delicti domino bonâ fide in tertium pariter commissi delicti ignarum trans-

latum fuerit, possitque pecus illud non solum extra omnium oculos sed etiam omnem occasionem denuo parile facendi haberi ac custodiri: An manifesta constitutio Geneseos *9. vers. 5.* & Exodi *21. vers. 28. & seq.* nec non ratio ejus, quæ in eo solo posita est, quod homo ad imaginem Dei conditus est, *Genes. 9 vers. 6.* cessabunt? Porro quod si brutum non quidem hominibus sed aliis animalibus ex singulari quâdam malitiâ nocuit, aliove quolibet modo deliquit, an non dici poterit iis animalibus, quibus obfuit, pœnas debere? quemadmodum de fucis ac furibus qui pabula consumunt, à ceteris enecari solitis scribit Aristoteles *Histor animal. 9. cap. 40.* vel saltem naturæ ipsius auctori ac conservatori tanquam supremo omnium animantium rectori & moderatori? ut omni casu ubi delictum est etiam pœna sit, quæ nihil aliud est quam noxæ vindicta, *l. 131. in. prin. D. de verb. signif.* malum passionis pro malo actionis. Atque hoc modo ad debitum finem omnia deducantur nullius malitiâ obstante?

Quod D. Seldenus ait, actus ac propensiones brutorum: veluti maris atque fæminæ conjunctionem, liberorum procreationem & educationem, non magis verè jura esse, quam arborum ac fruticum aliorum-ve corporum naturalium actiones ac motus naturales: haud bene intelligo: cum, quia actus illi proprie ipsum jus naturale non dicantur, sed illud, quod actus illos ad conservationem singularum specierum institui jubet ac præcipit: Ita enim post Ulpianum *in l. 1, §. pen. D. de Iustitia & jure* Justinianus: *jus naturale*, inquit, *est quod natura omnia animalia docuit*, & post pauca, *hinc descendit maris atque fæminæ conjunctio &c.* tandem, *videmus etenim cetera quoque animalia istius juris peritia censeri.* Id est, nobis admirationi esse ex eo, quod facere ea videamus quæ natura dictat & præcipit. Tum quia inter actiones brutorum ac naturales

turales arborum ac fruticum aliorumve ſimilium corporum motiones maxima ſit differentia. Quare ipſe D. Seldenus brutis appetitum ac propenſionem, quæ voluntatis planè inſtar ſatis agit, tribuit, *d. lib. 1. cap. 4.* quam procul-dubio arboribus aliiſque ſimilibus naturalibus corporibus non concedit. Præterea habent bruta cordibus ſuis ab auctore naturæ inſculptas certas noticias ſecundum quas agunt, & contra quas ex peculiari quâdam malitiâ ſubinde delinquunt: quare etiam quod jure naturali licitum eſt, diſtinguunt ab illicito: quod eodem jure bonum eſt, ab eo quod malum.

Objiciunt, quod bruta animantia non diſtinguant honeſtum à turpi. Reſpondeo, diſtinctionem illam ad jus gentium & civile pertinere, non autem ad jus naturale: cum quia ſocietatem vitæque communionem præſupponit, tum quia maxima eſt in actionibus naturalibus & licitis brutorum libertas: prætereà diſtinctionem illam ad jus directè non referri, quia non omne quod licet honeſtum eſt. *l. non omne. 144. in prin. D. de reg. juris.* & honeſtè quædam accipiantur, quæ tamen jure non petuntur. *l. 1. §. proinde 8. fine. D. de extraordinariis cognition.*

Objiciunt Iſidori & Gratiani auctoritatem, qui *in c. 7. diſtinct. 1.* dicunt: *Ius naturale commune eſt omnium nationum &c.* Reſpondeo, illos non tam definire jus naturale, quam ea proponere quæ inter omnes omninò populos ex inſtinctu magis naturæ quam conſtitutione aliquâ obſervantur. Quia ſi jus naturale, prout à jure gentium & civili diſtinguitur, definire voluiſſent; non ad jus naturale depoſitæ rei, vel commendatæ pecuniæ reſtitutionem, item liberorum ſucceſſionem retuliſſent: ſed gentium vel civile.

Objiciunt poſt Laur. Vallam *lib. 4. elegant. cap. 48.* quod ex juris naturalis Juſtinianæa definitione ſequatur, quod appetere

cibum & potum etiam ſit juris naturalis. Reſpondeo, hoc abſurdum non eſſe: ex jure enim naturali deſcendit appetitus ſui conſervandi & ad debitum finem perveniendi, ut ſupra dictum: Neque ſemel contigit ut non tantum homines ſed etiam bruta adverſus hoc juris naturalis præceptum peccarent, & à cibo ac potu ſponte abſtinerent, ſibique tali modo interitum procurarent. Hircanus Regis Lyſimachi canis mortuo domino, neque à lecto ejus avelli, neque ut cibum vel potum ſumeret induci potuit: ſed cum cadaver rogo impoſitum incenſuſque ignis eſſet, concitato curſu ſeſe in eum conjecit, ut quem vivum comitari ſolebat, eundem mortuum non deſereret. Tantundem Pyrrhi cujuſdam canis fecit. Elephas cum inconſulto calore rectorem ſuum interfeciſſet, ſummo animi mœrore & pœnitentiâ ductus ab eſu potuque abſtinuit, de ſeipſo ultimum ſupplicium in pœnam admiſſi criminis ſumens. Videmus etiam annoſas feras in noſtram poteſtatem redactas à cibo potuque etiam ultro oblatis prorſus abſtinere, donec moriantur: Econverſo plurima animalia catulos ſuos negligere, vel, quod turpius, devorare; quod ſolemne felibus, onagris & aliis animalibus, ut mares catulis inſidientur, habetur.

Objicies, quod erga Deum religio & ut parentibus pareamus eoſdemque revereamur, juris naturalis ſit, & tamen definitione præmiſſa non comprehendantur. *Donel. 1. com. 7. Hotom. in §. jus autem. Inſtit. de jure nat. gent. & civil.* Reſpondeo hæc juris gentium eſſe, *l. 2. D. de juſtitia & jure.* Nam ex recto rationis uſu variiſque rerum argumentis hominibus duntaxat innotuit Deum aliquem eſſe, eumque colendum atque amandum, *Cicero lib. 4. de legibus. Seneca Epiſt. 117.* Quod idem de obedientiâ quam parentibus, patriæ, adeoque omnibus magiſtratibus debemus, dicendum eſt. *d. l. 2. D. de Iuſtitia & jure.* Niſi per jus naturale illud intelligatur quod naturalis ratio

tio inter omnes homines constituit : sed eo sensu unum & idem est cum jure gentium. §. *singulorum 11.* §. *vendita 41. Instit. de rer. divis. l. 1. in prin. D. de acquir. rer. domin. l. omnes 9. D. de justitia & jure. l. 1. D. de novationibus. l. naturales 10. D. de obligat. & action. l. fidejussor 16.* §. *fidejussor 3. cum* §. *seq. D. de fidejussoribus. l. cum amplius 84.* §. *is natura 1. D. de reg. juris.*

Objicies, jus artem esse boni & æqui, *l. 4. in fine prin. D. de justitia & jure.* omnem autem artem rationem postulare. Respondeo ex eo duntaxat sequi juris artem in bruta non cadere: pro ea enim jus *in d. l. 1. in fine prin. D. de justitia & jure* ponitur. non autem pro eo quod vel natura vel constitutio aliqua jubet, uti hic.

Objicies, quod jus à Justitia appellatum sit. *d. l. 1. in prin. D. de Iustitia & jure.* justitia autem in bruta propriè non cadat. Respondeo denominationem illam ab excellentiori fine petitam esse; excellentiorem autem juris finem in homine quam brutis spectari. Nam & gentium & civilis juris homo quoque capax est, brutum autem non.

Objicies, quod *in* §. *ult. Instit. de jure nat. gent. & civil. & l. 2. D. de statu hominum*, omne jus gratiâ personarum constitutum esse dicatur. Respondeo quod & ipsum jus naturale, si non tantum, saltem principaliter gratiâ personarum constitutum sit; cum & ipsâ bruta Deus propter homines formavit.

Porrò hanc juris naturalis definitionem amplexi atque tutati, licet diversis fundamentis, sunt Revardus *l. 1. var. 1.* Greg. Lopez *sing. animad. cap. 2.* Alb. Gentilis *lib. 3. epist. cap. 1.* Loriottus *de juris art. tract. 10. axiom. 10.* Forcatulus *in Necyomantia dialog. 37.* Couvarruvias *in relect. cap. peccatum. part. 2.* §. *11. num. 4.* Io. Corasius de juris arte *part. 2. cap. 3.* qui (ut obiter hoc adjiciam) sententiam hanc suam *lib. 6.*

miſcell. juris cap. 6. vel etiam 25. eodemque ultimo, non retractavit: ſed tantum diviſionem juris naturalis atque etiam gentium in primæuum & ſecundarium Plutonis familiâ dignam cenſuit. Probat quoque hanc juris naturalis definitionem Fran. Suarez *de legibus lib. 2. cap. 17.* & quidem ex mente D. Thomæ 1. *2. quæſt. 95. art. 4. ad primum, & latius 2. 2. quæſt. 7. art.* 3.

DUBITATIO IX.

An jus naturale vel etiam gentium rectè dicatur aliud primævum, aliud ſecundarium?

PRopter præcedentes aliaſque nonnullas difficultates auctoribus noſtris ineptam aliquam juris naturalis atque etiam gentium diviſionem Interpretes plerique affingunt; quaſi aliud jus naturale atque etiam gentium primævum, aliud ſecundarium conſtituiſſent. Puto ego quod jus naturale uti etiam gentium unum atque ſimplex ſit: illud quod omnibus animalibus, hoc quod ſolis hominibus commune eſt. *l.* 1. *§. ult. D. de juſtitia & jure. prin. Inſtit. de jur. nat. gent. & civil.* illud quod à naturâ communi, hoc quod à recto rationis uſu procedit. §. 1. *& 2. Inſtit. eod.* quod diſtinctio inter primævum & ſecundarium jus, ſicuti nullo textu nullâque ratione confirmari poteſt (erubeſcimus autem ſine alterutro loqui, *novel. 18. cap.* 5.) ita quoque nullum in jure noſtro uſum habet. Nam jus quod natura omnia animalia docuit, propriè dictum jus eſt, ut præcedenti quæſtione probavi: & quod ex naturali ratione eſt, non naturale ſed gentium eſt. *d.* §. 1: *& 2. Inſtit. de jure nat. gent. & civil. l. 1. §. ult. l.* 2. *l.* 3. *l. 4. D. de Iuſtitia & jure.* Præterea ſicuti ſimplex ratio naturalis Deum colendum, parentibus & patriæ obediendum, fidem ſervandam eſſe

dictat,

dictat, *l. 2. D. de Iustitia & jure, l. 1. in prin. D. de pactis. l. 1. in prin. D. de constituta pecun.* ita quoque præcipit vim atque injuriam servato moderamine inculpatæ tutelæ propulsandam, *l. ut vim 3. D. de justitia & iure*: Quietis publicæ turbatores puniendos esse: hostes jure belli interfici, sed & in potestatem nostram redactos servari posse, ita porro, §. 2. *Instit. de jure nat. gent. & civil. juncto §. servi 3. Instit. de jure personarum.* Ecquis quæso negabit Religionem erga Deum usu exigente & humanis necessitatibus constitutam esse, cum sine eâ genus humanum consistere nequeat. Idem de obedientiâ parentibus, patriæ, adeoque magistratibus debitâ dixerim.

Objicies *l. 1. in prin. D. de acq. rer. dom.* Respondeo, voculam *antiquius* non ad multiplicandum jus gentium, sed adjectivè & instar epitheti additam esse, quo jus gentium à jure civili melius discernatur: Idque ex eo patet quod ibi de jure gentium agatur, ex quo dominia rerum esse cœperunt, quod si fides nostris Interpretibus, non primævum sed secundarium est; *d. l. ex hoc jure 5. & ibi DD. D. justitia & jure.*

Objicies, quod jus gentium interdum naturale dicatur; interdum autem ab eâ distinguatur, uti patet *ex §. singulorum 11. & §. venditæ 41. Instit. de rer. divis. l. 1. §. ult. D. de justitia & jure. l. si quod 64. D. de condict. indebit. l. bona fides 31. in prin. D. depositi.* Respondeo, ex eo inferri non posse duas juris gentium species esse: quippe unum idemque manens, si juri civili opponatur, pro omni eo jure, quod omnium hominum commune est, sumitur, eoque sensu naturale subinde dicitur. *§. singulorum 11. §. venditæ 41. Instit. de rer. divis. cum similibus.* si verò juri naturali opponatur, tum ab eo distinguitur & semper jus gentium vocatur; *l. 1. §. ult. D. de justitia & jure. §. 1. & 2. Instit. de jure nat. gent. & civil.*

Objicies quod *in §. 1. Instit. de jure nat. gent. & civil.* definiatur

niatur

niatur jus gentium primævum: secundarium verò *in* §. 2. *eod. tit.* Respondeo *in* §. 2. non novam definitionem, sed definitionis *in* §. 1. propositæ ulteriorem tantum explicationem, ac ipsius juris gentium originem proponi, idque in verbis, *nam usu exigente & humanis necessitatibus gentes humanæ, &c.*

DUBITATIO X.

Num aliquod jus immutabile, aliquod mutabile sit?

JUris Romani ansam carpendi pluribus præbuit, quod aliud jus immutabile, aliud mutabile dicatur, §. *pen. Instit. de jure nat. gent. & civil.* At distinctionem hanc certo fundamento niti, nullo autem adversariorum sententiam, ex eo patet, quod jus naturale ac gentium (quod utrumque immutabile dicitur *in d.* §. *pen. Instit. de jure nat. gent. & civil.*) Deum auctorem habeat. *d.* §. *pen.* qui planè immutabilis est, *Malach 3. vers. 6* Nec aliud jus naturale vel gentium Romæ, aliud Carthagine; sed ubique terrarum unum atque idem est. §. *1. & 2. Instit. de jure nat. gent. & civil. l. omnes 9. D. de Iustitia & jure.* Quod dico jus naturale & gentium immutabile esse, de ipso jure naturali & gentium intelligi atque ad utrumque per se consideratum restringi debet: Nam evenire potest, ut propter adventum circumstantiæ objectum aliquod, circa quod jus naturale vel gentium versatur, è numero eorum extrahatur, quæ jure naturali vel gentium adhuc comprehenduntur: & sic non jus naturale vel gentium, sed objectum duntaxat illud mutationi subjectum sit. Exempli gratia, cum jure naturali omnes homines liberi nascerentur, evenit ut subinde populus iniquè in alium populum arma moveret, qui propterea justè propulsari, ut reus puniri, &, quia periculum aliter sæpius inevitabile, interfici ob eam caussam poterat. Rursus quia mitius ali-

quem

quem servare quam interficere, sæpiusque prædictum periculum cessaret, evenit, ut ex hâc caussâ servitus justè induceretur. *d. §. 2. Instit. de jure nat. gent. & civil. juncto §. servi 3. Instit. de jure personarum.* Porro jure naturali omnes res communes erant, sed increscente humano genere, & quia plurimi desides simulque lauti erant, iniquum visum est diutius cum iis in communione manere. Quod idem de cęteris dicendum.

Jus autem civile mutabile est, *d. §. pen. Instit. de jure nat. gent. & civil.* cum enim homines illud sibi constituerint, qui ipsi varii, potest pro eorum voluntate mutari. Est & magna rerum humanarum vicissitudo: ita ut quod hodie æquum, cras sæpius iniquum evadat. Non obstat quod jus civile ex jure naturali & gentium derivetur, *D. Thomas 1, 2. quæst. 99. art. 2.* quorum utrumque immutabile est. Quia nihil impedit fundamentum alicujus rei immutabile esse; ipsam autem rem variis ex caussis mutabilem.

Objicies quod in jure nostro quædam leges perpetuæ dicantur, *l. hac edictali 6. in prin. Cod. de secundis nuptiis l. 2. Cod. de sentent. ex brevic. recit.* Respondeo id hunc sensum habere, quod valeant & tam diu perseverent, donec iterum abrogentur, *arg. l. 1. in prin. D. pro socio. prin. Instit. de perpet. & temp. action.*

Objicies quod leges justæ & rectæ esse debeant; semel auautem justum & rectum semper tale sit. Respondeo quod leges civiles justæ & rectæ esse debeant, cum feruntur, habitâ ratione temporis cæterarumque circumstantiarum: sed cum hæ mutationi obnoxiæ sint, sequitur quod & illæ esse debeant.

DUBITATIO XI.

Num Christianorum Religio ab Ulpiano Iudaica superstitio alibi vocetur, & ipsi Christiani Impostores? & num quædam paganismi vestigia in pandectis occurrant?

CUm Ulpianus *in l. generaliter 3. §. ult. D. de Decurionibus & filiis eorum* hæc scripsisset: *Eis qui Iudaicam superstitionem sequuntur, Divi Severus & Antoninus honores adipisci permiserunt. Sed & necessitates eis imposuerunt, qui superstitionem eorum non læderent.* Voluit Andreas Alciatus Christianorum religionem intelligere; eamque suam interpretationem novam vocavit: Quod per me liceret, si per novum dictæ legis *generaliter 3. §. ult.* intellectum, iniquum & Ulpiano injurium innuere voluisset, *arg. l. 1. §. 1. l. si quis iniquum 3. D. quod quisque juris, &c.* Utpote qui non de Religione Christianâ sed Judaicâ superstitione manifestè loquitur. Movetur Alciatus, quique eum sequuntur, quod Christiana Religio à Gentilibus superstitio vocetur, veluti Tacito *lib. 15. Annal.* ibi *repressaque in præsens exitialis superstitio rursus erumpebat.* Suetonio *in Nerone cap. 16.* in verbis *affecti supplicio sunt Christiani, genus hominum superstitionis novæ ac maleficæ.* Ego hoc argumentum imbecille arbitror: utpote qui iidem Gentiles Judaicam Religionem superstitionem quoque vocent: neque solum Gentiles, sed etiam Christiani. Ita enim Justinianus: *Sancimus contra Orthodoxos quidem litigantes nemini hæretico, vel his etiam, qui Iudaicam superstitionem colunt &c. l. quoniam 21. Cod. de hæreticis.* Præterea omnes, cujuscunque superstitionis sint, ad implenda munera tenentur, *l. omnibus 49. Cod. de Decurionibus.* Ergo & Judæi, *arg. d. l. quoniam 21. Cod. de hæreticis.* quod tamen falsum esset, si non Judæi sed Christiani tantum

in

in d. l. generaliter 3. §. ult. D. de Decurionibus, intelligerentur. Objicit ad hæc Alciatus quod Ulpianus à Christi traditionibus alienus fuerit: & Christiani primum in Judæâ fuerint, atque ita etiam Judæi dicti. Respondeo, hoc aliquid forsitan fore, si Ulpianus è fæce imperitæ plebis fuisset: nunc autem constat, ipsum rerum divinarum atque humanarum peritissimum fuisse, ac in politicis negociis versatissimum: Ipsum Alexandri Imperatoris lateri continuò adhæsisse, ejusque consilio totum Imperium Romanum gubernatum fuisse; *Lampridius in vita Alexandri.* Præterea Ulpiani tempore (ut de ipsius religione nihil dicam) ipsam urbem omnemque Italiam Christianis repletam fuisse: qui sicuti à Judæis odio habebantur; ita quoque Judæorum consortia non admodum adfectabant: adeo ut inter hos illosque distinguere facillimum fuerit, præcipuè homini politico. Ut omittam quod *si* religio Christiana nomine Judaicæ superstitionis *in d. l. generaliter. 3. §. ult.* proposita fuisset, Justinianus, uptote princeps sacratissimus, eam legem Corpori juris non inseruisset.

Quo ultimo argumento etiam contra eos utor, qui eundem Ulpianum Christianos impostores vocasse dicunt: Moventur per legem *1. §. 3. D. de extraordinariis cognitionibus*, quæ ita se habet: *Medicos fortaßis quis accipiet etiam eos, qui alicujus partis corporis, vel certi doloris sanitatem pollicentur. Vtputa si auricularius, si fistulæ vel dentium: non tamen si incantavit, si imprecatus est, si (ut vulgari verbo impostorum utar) exorcizavit. non sunt ista medicinæ genera, tametsi sint, qui hos sibi profuisse cum prædicatione adfirment.* At respondeo Ulpianum non loqui de exorcismis & dæmonum adjurationibus quæ apud Christianos in usu, & de quibus S. Lucas *cap 11.* Tertullianus *lib. de corona & in Apologetico cap. 37.* cum ait, *Dæmones de vobis sine precio, sine mercede depellimus.* Augustinus *de vita*

 beata

beata, aliique. Sed quæ ab idololatris cæterisque impiis hominibus, præsertim ad morborum dolorumque profligationem frequentabantur: de quibus in concilio Romano, tempore Gregorii Junioris habito ità legitur: *Si quis ariolos, aruspices vel incantatores observaverit, aut phylacteriis usus fuerit, anathema sit.* uti est *in c. si quis 26. quæst.* 5. Et in concilio Ancyrano *cap.* 23. puniuntur qui ejusmodi impostores in domum suam introducunt ad invenienda medicamenta. *c. qui divinationes 26. quæst.* 5.

Qui vestigia quædam paganismi in pandectis occurere asseverant, adducunt legem *sacra loca 9. §. illud notandum 2. D. de rerum divis.* & legem *pen. §. 1. D. de donat. inter virum & uxorem.* Quod ad legem *sacra loca 9. §. 2. D. de rer. divis.* adtinet, Respondeo illa verba *& solent, qui liberare eum locum religione volunt, sacra inde evocare.* nihil aliud innuere quam privata ædificia aliaque profana loca ex sacrorum illatione de religione aliquo modo participare; à qua denuò liberantur, si sacra inde evocata fuerint. Quod, quid magis ad paganorum quam Christianorum religionem faciat, planè non video.

Ad legem *pen. §. 1. D. de donationibus inter virum & uxorem*, respondeo in illis verbis *priusquam aqua & igni acciperetur*, proponi duo elementa à Conjugatis olim sumi solita: ut ostenderent, se paratos ad omnia infortunia simul ferenda, etiamsi ad aquam & ignem reducerentur. *Plutarch. in problem. Rom. quæst. 1.* Quare Lactantius ea elementa sacramenti genus vocat quo nuptiæ sanciebantur. 2. *Instit.* 10. Ita ut non major in iis superstitio fuerit, quam hodie est in annulo; qui in fidei conjugalis argumentum intervenire solet: hic enim ex optimo quod sponsus habere potest metallo conficitur, ut matrimonii præstantiam significaret: rotundus est, nec ullo fine terminatur, ut individuam vitæ societatem exprimeret:

nulla

nulla ejus pars alterâ præstantior est (lapillo enim vel gemmâ annulus nuptialis non ornatur) ut tam adversam quam prosperam fortunam conjuges æquo animo ferendam esse admonerentur; porrigit eum sponsus sponsæ; ut hæc se subjici ac viro devinciri intelligeret: gestat eum uxor in digitis, ut fidem conjugalem quam dedit semper ob oculos haberet.

DUBITATIO XII.

Num vera sint quæ Pomponius de origine & progressu Legum 12. Tabb. narrat in l. 2. §. 3. & seq. D. de orig. Juris.

QUæ Pomponius de origine & progressu Legum 12. tabb. *in l. necessarium 2. §. exactis 3. cum §. seq. D. de orig. juris*, narrat, vera esse ex eo animadvertere licet, quod, quum exactis regibus lege tribuniciâ latâ leges regiæ exolevissent & incerto rursus jure ac consuetudine (licet non in omnibus; saltem in plurimis negociis) populus Romanus magno cum sui incommodo ali cœpisset, placuerit Anno à conditâ urbe 299, Sp. Tarpeio & A. Aterio Fontinali Coss. publicâ auctoritate decem nominari viros per quos peterentur leges à Græcis civitatibus, & civitas fundaretur legibus: nominati autem fuêre Appius Claudius Crassinus, T. Genucius Augurinus, Sp. Veturius Crassus, C. Julius Julus, Aulus Manlius, Sp. Posthumius Albus Regillensis, Servius Sulpicius Camerinus, P. Sestius Capitolinus, T. Romulius Rocus Vaticanus, & Horatius Tergeminus. Ex quibus tres in Græciam profecti fuêre; scilicet Sp. Posthumius Albus, A. Manlius, & Servius Sulpicius Camerinus. Cæteri in aliarum interim gentium scita, leges regias jam antiquatas patriosque mores accuratius inquisiverunt; Biennio in legatione alioque insuper anno in aliquali formâ operi dandâ absumptis Ap. Claudio Crassino, &

T. Genucio Augurino Coss. 302. post Urbem conditam anno Senatusconsultum factum est, quo placuit, ut reliquis magistratibus abrogatis cum imperio consulari ac regio, sine provocatione, Decemviri isti leges quas conceperant populo proponerent, & si opus esset corrigerent atque interpretarentur: proposuerunt autem centuriatis comitiis ante rostra in decem eboreis tabulis, *d. l. 2. §. postea 4. D. de orig. juris.* Sed cum satis correctæ atque emendatæ, nec non sequenti anno aliis Decemviris, excepto Ap. Claudio, in locum priorum rogatis duæ aliæ tabulæ adjectæ essent, habitis denuò centuriatis comitiis in æs perpetuitatis caussa Anno ab urbe condita 303. & sic quinquagesimo nono post exactos Reges incisæ sunt, & leges 12 Tabularum dictæ. *Cicero in 3. Catilin. & Philip. 1. Suetonius in Cæsare cap. 28. l. qui tabulam 8. D. ad leg. Iul. peculat. l. ult. Cod. de frumento urbis Constantinopolitanæ lib. 11.* Neque obstat quod Pomponius *in d. l. 2. §. 3. D. de orig. juris.* ait *idque prope viginti annos passus est.* Quia non intervallum, quod post exactos Reges ante latas leges 12. tabb. intercessit, intelligit: sed tempus quo post latam tribuniciam legem magno cum sui dispendio Romanus populus, ex eo quod incerto jure utebatur, conflictatus est.

DUBITATIO XIII.

Num verum sit, quod ait Iustinianus; Plebiscita lege Hortensia lata non minus valere quam leges cœpisse, §. lex est 4 Instit. de jure nat. gent. & civil.

VT manifestum evadat verum esse quod ait Justinianus; Plebiscita lege Hortensiâ latâ non minus valere quam leges cœpisse, animadvertendum quod Plebiscita sint jura quæ plebs plebeio magistratu interrogante, veluti Tribuno constituit,

tuit, §. *lex est 4. Instit. de jure nat. gent. & civil.* Sciscere enim est statuere & suffragari. Quod orta sint plebiscita ex discordi secessione plebis à patribus, *d. l. 2. §. deinde 8. D. hoc tit.* quæ (quod ad hanc rem adtinet) ter contigit, Primò in montem sacrum propter nexos, Servilio & Appio Coss. anno urbis 259. Secundò in Aventinum propter Decemviros L. Valerio & M. Horatio Coss. anno urbis 303. aut ut alii volunt 304. Tertiò in Janiculum, ob æs alienum, annò urbis 467. vel circiter. Per primam secessionem Plebs proprium magistatum obtinuit, quem Tribunum vocavit, quo rogante suo suffragio sine patribus jura ordinavit: quibus tamen patricii non tenebantur, *A. Gellius lib. 15. cap. 27.* Per secundam secessionem lege Horatiâ centuriatis comitiis latâ impetravit ut tribunitiæ rogationes universum populum obstringerent, *Livius lib. 3.* Sed postea cum Patres populi nomine se appellari negarent, lege Publiliâ à Philone in Dictaturâ latâ anno urbis 416. expresse statutum est, ut plebiscitis non solum plebs, sed etiam Senatores atque Patricii tenerentur, *Livius lib. 8.* Sed huic, ut invidiâ plenæ ambitione Patrum illico derogatum fuit. Quapropter per tertiam secessionem in Janiculum lege Hortensiâ latâ (ita dicta à Quinto Hortensio Dictatore, qui eam in Esculeto tulit) plebs obtinuit ut omni exceptione superhabitâ Tribunitiis rogationibus etiam Patritii & Senatores constringerentur. Hæc lex Hortensia, quia perspicua & consentientibus Patribus lata negocium consummavit, primumque effecit, ut plebiscita non minus quam leges valerent, & specie quidem constituendi differrent, potestas autem eadem esset *d. l. 2. §. deinde 8. D. de orig. juris §. lex est 4. in fine Instit. de jure nat. gent. & civil. Livius in epitomis lib. 11. in fine. Plinius lib. 16. nat. hist. cap. 10. D. Augustinus lib. 3. de civitate Dei cap. 17.* Ad hanc legem Hortensiam respicit Pomponius, cum plebiscita

scita legi 12. tabb. subjicit: cum alioqui vetustiora sint: utpote quæ eo tempore cœperunt quo & Tribuni plebis creati sunt, hoc est tempore primæ secessionis.

DUBITATIO XIV.

An unquam Senatus, vel etiam Prudentes, jus condere potuerint, & quomodo?

NOn ambigitur, inquit Ulpianus, Senatum jus facere posse. *l. non ambigitur 9. D. de legibus. §. Senatusconsultum 5. Instit. de jure nat. gent. & civil.* Et quamvis ab eo tempore quo Romulus Senatum instituit, *Livius lib. 1. Fenest. lib. 2. cap. 1.* etiam Senatusconsulta inceperint, *arg. eorum quæ narrat Suetonius in Vespasiano cap. 8.* non tamen eâ auctoritate, neque tam frequentia fiebant, quam cum urgente necessitate ob nimiam multitudinem populus legis sanciendæ caussâ, vel etiam plebs plebisciti ordinandi gratiâ in unum convenire non poterat, condendi juris facultas Senatui tributa esset, *d. l. 2. §. deinde 9. D. de orig. juris. l. non ambigitur 9. D. de legibus.* Non quidem simpliciter, sed si Tribuni plebis Senatusconsulta facta censuissent: poterant enim per intercessiones tribunitias impugnari; impugnata autem pro Senatusconsultis non habebantur. *Fenest. lib. 2. cap. 10. Dion. lib. 41. in prin. Polybius lib. 6.* Quemadmodum quoque hæc Senatus in condendo jure auctoritas, ex quo unius dominatui omnia subjici cœperunt, plurimum imminuta est, nec ullus penè ejus usus remansit: nisi quod subinde Senatus modestiæ caussâ à bonis Principibus consuleretur, *arg. l. item veniunt 20. §. 6. D. de petit. heredit. tot. tit. D. Cod. & Instit. ad S C. Tertyll. & Orfician. §. ult. Instit. quibus modis testam. infir.* quod & ipsum tandem in desuetudinem abiit.

Pruden.

Prudentes etiam, quibus à Cæſare hoc conceſſum erat, de jure reſpondebant, *§. reſponſa 8. Inſtit. de jure nat. gent. & civil.* non ſolùm illud interpretando, *d. §. reſponſa 8. Inſtit. de jure nat. gent. & civil. l. ult. in prin. Cod. de Curat. furioſ. l. pen. Cod. de Teſtamentis*, ſed etiam novum condendo; unde rectè juris Conditores appellabantur, *l. 1. Cod. de communi ſervo manumiſ. l. nulla 23. Cod. de procuratoribus. l. ſi furioſ. 25. Cod. de nuptiis. l. ult. in fine Cod. de legibus.* nec non juris Auctores, *l. antiqui 3. §. fin. D. ſi pars hæreditat. petat. l. quæro 39. D. de action. empt. l. mora 32 in fine D. de uſuris. l. dubium* 3. *Cod. de repudiis l. 1. Cod. de verb. ſignif. l. ult. §.* 2. *Cod. de curat. furioſ. l. ult. Cod. de furtis, l. inter 15. Cod. de uſufructu.* Et reſponſa prudentium partem à cæteris juris civilis partibus diſtinctam conſtituêre. *l. jus autem civile 7. D. de juſtitia & jure. §. conſtat autem 3. in fine Inſtit. de jure natur. gent. & civil.* cum ſi interpretationes duntaxat fuiſſent, ad cæteras referri debuiſſent: Interpretatio enim diverſum jus ab eo cujus eſt interpretatio non facit, ſed tantum illud quod eſt declarat atque manifeſtat. Hæc tamen reſponſa minoris quam cęteræ juris civilis partes auctoritatis erant, cum non niſi petita dabantur, nec alii rei quam determinandis privatorum controverſiis ac litibus deputabantur: tantæ interim poteſtatis erant ut Judicibus ab iis recedere non liceret, *d. §. reſponſa 8. Inſtit. de jure nat. gent. & civil.* ſcilicet cum prudentes omnes in unum locum convenerant, caſum propoſitum examinaverant, & ſecundum majoris partis ſententias ſcriptura confecta erat, cui, qui eam opinionem tenebant, ſubſcripſerant, quæ tum reſponſum prudentium dicebatur. Hoc eſt quod innuit Imperator *in d. §. reſponſa 8. Inſtit. de jure nat. gent. & civil.* in verbis *quorum omnium ſententia &c.* non autem quorum ſingulorum ſententiæ. Equidem ſingulorum ſententias eam vim non habuiſſe,

G patet

patet ex *l. Titius cum decederet 43. D. de action. empt.* & quod sæpè diversas sententias foverent, nec Judices scirent quas potius sequerentur, *arg. l. 40. D. de rebus creditis. l. si quis alumnam 26. in prin. Cod. de nuptiis §. cum ex aliena 25. Instit. de rerum divis. §. item precium 2. Instit. de empt. vendit.* Hisce non obstat quod Jurisperiti homines privati fuerunt. Quia jura iis, quos dixi, casibus & modis constituebant ex auctoritate & quasi speciali Principis delegatione, *l. 2. §. post hunc 47. vers. posteaque hoc cæpit, D. de orig. juris. §. responsa 8. Instit. de jure nat. gent. & civil. l. ult. §. ult. Cod. de legibus. l. 1. §. jubemus 4. in prin. Cod. de veteri jure enucleand.* quod autem quis per alium facit, id ipse facere censetur. Quod idem de auctoritate Senatus in jure condendo observandum, *§. Senatusconsultum 5. Instit. de jure nat. gent. & civil.* Præterea nihil obstat *l. 2. §. his legibus 5. D. de orig. juris.* Nam ibi non de his Prudentibus sed aliis agitur. hi enim sub Cæsaribus florebant, at alii illi liberâ republicâ: hi omnes conveniebant, illi singuli in foro disputabant: hi ad eum quem dixi modum responsa scripta & signata dabant, illi sine scripto: hi ex auctoritate Principis illi privatâ *d. l. 2. §. his legibus 5. juncto §. post hunc 47. vers. posteaque hoc cæpit. D. de origine juris. §. responsa 8. Instit. de jure nat. gent. & civil.*

DUBITATIO XV.

An Leges Romanæ opinione, an verò certâ ratione nitantur?

CUm leges omnes ab æterna lege, quæ est summa ratio in Deo existens, proveniant, *D. Thom. 2. 2. quæst. 93. Soto lib. 1 de justitia & jure, quæst. 3. art. 2.* certa & ipsas ratione niti oportet, *l. 1. l. 2. arg. l. quod verò 14. l. quod non ratione 39. D. de legibus, arg. novell. 134. cap. 1. in fine.* alioquin neque extendi neque

neque reſtringi interpretatione poſſent; cum illud non aliter quam ex ratione quæ ipſas dictavit fieri queat, *l. non poſſunt 12. l. ſcire 17. D. de legibus l. illud 32. ad leg. Aquil. l. lex. 4. D. de fundo dotali. l. ſi quis 7. §. 2. D. de juriſdict. cum ſimilibus l. adigere 6. §. 2. D. de jure patronatus l. 2. §. 3. D. ad S C. Velleianum. l. non ſolum 67. §. 2. D. de ritu nuptiarum cum ſimilibus.*

Objicies *l. non omnium 20. D. de legibus.* Reſpondeo legem de iis intelligendam eſſe, quæ in ſolâ legumlatorum voluntate fundatâ rationem nullam habent; veluti quod teſtamentum requirat ſeptem teſtes, Eccur non ſex vel octo? Cur intra quadriennium, non triennium vel quinquennium, petitur in integrum reſtitutio? Cur querela inofficioſi teſtamenti non intra ſexennium vel quadriennium ſed quinquennium petenda? Cur legitima portio hodie triens vel ſemis non quincunx vel quadrans? & ita de plurimis ſimilibus. Secundo de iis quoq; legem accipiendam eſſe, quæ quidem initio certâ ratione conſtituta ſunt, quæ tamen poſteros jam latet. Animadverti etiam poteſt Julianum loqui de majoribus ſuis, qui præciſe illi non ſunt ex quorum fragmentis Corpus juris compoſitum eſt.

Objicies *l. & ideo 11. D. de legibus.* Reſpondeo non loqui de lege quæ ratione deſtituta eſt, ſed quæ propter obſcuritatem vel ambiguitatem verborum quibus concepta eſt, declaratione opus habet, *arg. l. leges 9. l. ult Cod. de legibus.*

Objicies *l. quod non ratione 39. D. de legibus.* Reſpondeo textum loqui de jure conſuetudinario, quod licet non ratione ſed errore primùm inductum ſit, non tamen propterea contra rationem inductum dici poteſt. Neque pro jure agnoſci debet, niſi longa conſuetudine ſit confirmatum: confirmatum autem nullo modo extendi debet, ſed eo præciſe caſu ſervari, cui primo finem impoſuit: quæ omnia cum ſin-

 gularia

gularia sunt, efficax argumentum contra nostram sententiam suppeditare nequeunt.

Objicies §. *sed & quod 6. Instit. de jure nat. gent. & civil. l. 1. in prin. D. de constitut. Princip.* Respondeo beneplacitum Principis vigorem legis habere, cum tale est ut legis vigorem habere possit: at legis vigorem habere non potest quod certâ ratione non innitatur, *arg. l. 1. & 2. D. de legibus.*

Objicies §. *responsa 8. Instit. de jure nat. gent. & civil.* Respondeo quod nudæ opiniones non erant, sed prægnanti ratione suffultæ; licet ea in responso semper non exprimebatur.

Si dixeris, homines ad dissentiendum faciles esse, *l. item si unus 17. §. principaliter 6. D. de receptis qui arbitr.* Respondeo, non propterea pro lege amplecti quod pejores sed meliores ex justâ ratione ac utilitate publica æquum judicaverint, *arg. l. 1. & 2. D. de legibus.*

Porro quamvis non unum idemque sit apud omnes populos jus: atque in unâ eâdemque republicâ leges brevi tempore sæpè mutentur; non tamen ex iis inferri potest leges non certâ ratione niti, sed quod leges rebuspublicis accommodari debeant, apud quas sæpè diversa est ratio: quod ex imbecillitate benè judicandi subinde bona & firma ratio videatur, quæ postea vel talis non esse dignoscitur, vel, si sit; illico cessat.

DUBITATIO XVI.

An aliqua jura apud Romanos ex errore communi nata sint?

QUia omne jus certa ratione induci debet, ut præcedenti quæstione dictum: ideo error, quamvis communis, jus facere nequit. Accedit quod jus consensum postulet, *l. 1. l. de quibus 32. §. 1. D. de legibus.* consensui autem nihil magis contrarium sit quam error, *l. si per errorem 15. D. Jurisdict. l. nihil 116. §. ult. D. de regulis juris.*

Obji-

Objicies *l. supellectili 3. §. ult. D. de supellectile legata.* Respondeo quod quamvis candelabrum argenteum supellectile contineatur, si tamen testator illud ignoraverit, ideoque voluerit legato argenti illud contineri, hæc voluntas, quamvis ex imperitia proveniat, pro jure tamen à scriptis heredibus servari debebit: atque ita non agitur hic tam de errore quam imperitiâ: neque de errore communi, sed singularis alicujus hominis: neque de jure de quo in quæstione, sed prout necessitatem implendæ ultimæ voluntatis denotat.

Objicies *l. Barbarius 3. D. de offic. prætorum.* Respondeo quod non communis error sed publica utilitas efficiebat, ut quæ coram servo prætore acta transactaque essent, denuò non resuscitarentur.

Objicies *§. sed cum aliquis 7. Instit. de testam. ordin.* Respondeo, testamentum ibi non valuisse ex eo quod nemo controversiam status servo movebat, sed quod Imperator ex suâ liberalitate ei subvenire voluerat, idque ultimarum voluntatum favore: quamvis valde Principem moverit quod omnium consensu servus pro libero habitus fuerit. *d. §. sed cum aliquis 7. in fine. & l. 1. Cod. de testamentis.*

Objicies *l. si quis 3. in prin. D. ad SC. Macedon.* Respondeo quod bona creditoris fides, non communis error caussa sit, quod hoc casu Senatusconsultum cesset: licet enim filiusfamilias ab omnibus pro patrefamilias habitus fuisset, si tamen creditor ipsum filium familias esse scivisset, Senatusconsulto locus fuisset.

Objicies *l. quod non ratione 39. D. de legibus.* Respondeo consuetudinem illam tacito utentium consensu & quidem certo deliberatoque inductam fuisse, errorem duntaxat occasionem ei inducendæ præbuisse: ac proinde in eo solo casu, cui finem imposuit, & non alio servari debere. *d. l. quod non ratione 39.*

DUBITATIO XVII.

An strictum jus æquitati præferendum sit, & an in legibus Romanis illud huic subinde præponatur?

ÆQuitas stricto juri præferenda est, *l. benignius 18. cum l. seq. D. de legibus l. placuit 8. Cod. de judiciis arg. l. hac lege. 8. in fine. Cod. de dotis promiss. arg. l. 1. in prin. D. de justitia & jure. l. quod si Ephesi. 4. §. 1. in fine. D. de eo quod certo loco. l. & si quis 14. §. idem Labeo 13. in fine D. de religios. & sumpt. funer. l. si socius 81. in medio D. pro socio.* Summum enim jus, summa crux & summa injuria. Hinc Celsus errare sæpius eos scribit, qui verbis legis, posthabita æquitate, innituntur. *l. si servum 91 §. sequuntur 3. D. de verb. obligat.* vel nimium iis deferunt *l. illud 40. in prin. D. de petit. heredit. l. si verò 5. §. interdum 2. D. de his qui effuderint vel dejecerint.*

Objicies *l. prospexit 12. §. 1. D. qui & à quibus manumiss.* Respondeo quod lex quæ dominam adulterii accusatam servos suos manumittere vetat, æquissima sit: ita enim quæstioni illos subducere posset, & efficere ut scelus puniri non posset, contra quam reipublicæ utilitas postulat. *l. ita vulneratus 51. §. ult. in medio. D. ad leg. Aquil.* Et licet tempore delicti commissi servus aliquis in mulieris ministerio non fuerit, sed vel in agro aut provinciâ: evenire tamen potest ut aliquid ille resciverit moresque suæ dominæ cognitos habuerit. Quod autem dicit Ulpianus, *quod quidem perquam durum est*, non ad legem referri debet, sed servum, qui tempore delicti commissi extra mulieris ministerium fuit, nec quidquam fortè de vita aut moribus ejus compertum habet. Eodem modo quo æquissima lex est, quæ duobus vel tribus testibus fidem habendam esse præcipit, *l. ubi numerus 12. D. de testibus*, qui tamen si in

caussâ

causſâ criminali adverſus innocentem teſtimonium dicant, ecquis non dicet illud perquam durum eſſe? ſed non reſpectu legis, ſed innocentis.

Objicies *l. 1. l. leges 9. Cod. de legibus.* Reſp: illos textus procedere cum de ſententia legis non conſtat, vel ſi conſtet, iniquitatem aliquam fovere videatur: tunc enim non obtentu communis æquitatis rejicienda lex eſt, ſed adeundus Princeps.

Objicies *l. proſpiciendum* 11. *in prin. D. de pœnis.* Reſpond. quod cum dixit *ſeveritatem legum*, ſtatim ſubjiciat, *cum aliquo temperamento benignitatis &c.* etenim graviora crimina levioribus ſeverius puniri debere ipſa ratio dictat; utpote ex quibus majus periculum ſingulis reique publicæ metuitur.

Objicies *l. ſi expreſſim* 19. D. *de appellat.* Reſp. quod ſi lex, Senatuſconſultum vel Conſtitutio magis ad ſummum jus quam æquitatem inclinare videatur, Judicis officium ſit adire principem, *l. 1. l. leges 9. Cod. de legibus*: non autem manifeſtè ac nominatim, quaſi in opprobrium, adverſus eam judicare.

Oppones *auth. hodie Cod. de Iudiciis*: Reſpondeo hanc authenticam cum novellâ *8. in fine verſ. & æquus* & novella *15. cap. 4. §. 1.* ex quibus deſumpta eſt non convenire: multo minus cum ratione juris: nam æquitas ab unoquoque ſtricto juri præferenda: & quod ſecundum leges & jura eſt, id juſtius & melius eſt, ac vice verſâ, *arg. l. eum quem 79. §. 1. D. de Iudiciis l. 3. §. 2. D. de teſtibus l. 4. D. de eo quod certo loco.*

Objicies *c. 3. Diſtinct.* 4. Reſp. quod aliud ſit leges conſtitutas ad examen vocare, corrigere vel impugnare: aliud eas ſecundum id quod bonum & æquum eſt interpretari: prius Judicibus prohibitum, poſterius injunctum eſt. Neque tamen propterea eorum poteſtas nimis magna eſt, cum ſine ea munus ſuum explere nequeant, *arg. l. neque leges 10. l. non poſſunt 12. D. de legibus.*

Quod

Quod si ex mente Aristotelis *lib.* 1. *Rhetor. cap.* 3. eam inter judices & arbitros differentiam constitueris, quod illi leges scriptas sequi debeant, hi æquitatem: Respondebo Philosophum innuere ad officium Judicum spectare, secundum leges earumque æquitatem judicare, & cum illæ deficiunt, Principem consulere debere, *l. ult. Cod. de legibus.* Arbitros verò non debere, sed ex bono & æquo quamcumque controversiam religioni suæ commissam determinare posse, *arg. l. Labeo 3. §. 2. cum similibus. D. de receptis qui arbitrium, &c.*

DUBITATIO XVIII.

An ex sententia Iustiniani, in determinandis caussis primo juris Canonici, deinde civilis, ratio haberi debeat?

QUi juris Romani dignitatem quovis molimine labefactare satagunt, ajunt ei vel ex Justiniani auctoritate jus Canonicum simpliciter præpositum esse. utuntur verbis *l. sacris canonibus 45. Cod. de Episcopis & Clericis.* quæ ita se habent: *Sacros autem canones non minus quam leges valere, etiam nostræ volunt leges: sancimus obtinere in illis, & quæ sacris visa sunt canonibus, perinde ac si civilibus inscriptum esset legibus.* & post pauca: *quod enim sacri canones prohibent, id etiam & nos per nostras abolemus leges.* Quibus accedit novella 83. *cap.* 1. cum inquit: *Secundum sacras & divinas regulas, quas etiam nostræ sequi non dedignantur leges.* At respondeo, Justinianum de sacrâ Scripturâ, ejusque constante sententiâ, prout in ecclesiasticis conciliis auctoritate publicâ indictis & habitis proposita receptaque fuit, loqui: præcipuè in concilio Nicæno, Constantinopolitano, Ephesino primo, & Chalcedonensi, *arg. l. cognoscere 7. cum l. seq. Cod. de summa trinitate & fide Catholica. novell. 131. cap. 1.* non autem de jure Canonico quod hodie

extat,

extat, & à jure Civili Romanorum condiſtinguitur. Nam decretum Gratiani prodiit primùm Anno 1150. Decretales Gregorii noni 1230. Liber ſextus decretalium Bonifacii octavi 1294. Clementinæ editæ à Joanne 22. Anno 1320. Extravagantes 1335. Juſtinianus verò in ſexto vixit ſæculo, ac proinde de jure poſt tot ſæcula prodituro cogitare non potuit. At quod in cauſſis religionis & negociis ſpiritualibus ſacræ Scripturæ & Oecumenicis ſynodis primas Juſtinianus defert, tam ipſius quam Romanarum Legum dignitatem plurimùm auget: Deo enim ſervire, propriè eſt regnare: & voluntati ejus ſe ſuaque ſubjicere vera eſt libertas. Quod autem de cauſſis Religionis negociiſque ſpiritualibus Juſtinianus loquatur, patet cum ex *d. l. ſacris canonibus 45. Cod. de Epiſcopis & Clericis*, quæ de matrimonio Clericorum; tum ex *d. novella 83. cap. 1.* quæ de diſciplina & cenſuris Eccleſiaſticis: veluti excommunicatione, ſuſpenſione, interdicto, jejunio &c. tractat.

DUBITATIO XIX.

An Conſuetudo poſſit tollere legem etiam in regimine monarchico?

QUi in regimine monarchico legem Conſuetudine contrariâ tolli poſſe negant, ineptum planè ſenſum tribuunt Juliani verbis *in l. de quibus 32. D. de legibus*, quemadmodum etiam Conſtantini in *l. Conſuetudinis 2. Cod. quæ ſit longa Conſuetudo.* Non meliores quam qui Juſtinianum in *l. 2. §. contrarium 15. Cod. de veteri jure enucleand.* mendacii inſimulantes manifeſtam antinomiam inter præfata duo loca conſtituunt. Dicam quod res eſt. Conſuetudo poteſt tollere legem, *§. pen. in fine Inſt. de jure nat. gent. & civil. l. de quibus 32.*

§.1.D.de legibus.lib.2.tit.1.feudorum de feudi cognitione. Non solum liberâ Republicâ, sed etiam post'quam populus per legem Regiam omne suum jus in principem transtulit, *d.§.pen.in fine Instit.de jure nat. gent. & civil. l. de quibus 32.§.1.D.de legibus* Quod ex solutione eorum quæ objici possunt, manifestius evadet.

Dices quod leges desuetudine abrogari dicantur *prin. Instit.de testament. ordinand. §. conceptum 4. Instit. de obligat. quæ ex delict. nasc. §. ult. Instit. de noxal. action. Constitutio, hæc quæ, §. 2. De novo Codice faciendo. l. 1. in prin. Cod. de Caducis tollend. novell. 89. cap. ult. l. de quibus 32. §. 1. in fine. D. de legibus.* Resp. quod quæ desuetudo dicitur respectu juris quod tollit, eadem consuetudo dicatur respectu juris quod post se relinquit. Neque tam ex eo quod lex observata non fuit, quam quod contrarium longo tempore factum est abrogatur: quod enim interit, non suapte sponte, sed in adventu sui contrarii interire solet.

Oppones *l. Consuetudinis 2. Cod. quæ sit longa Consuetudo.* Resp. quod quamvis Consuetudinis non sit vilis auctoritas, attamen non ejus efficaciæ est, ut, si prægnans quædam ratio emergat qua motus Princeps contrariam Consuetudini legem condere vellet, illud facere non posset. Et hæc est sententia *d.l.Consuetudinis 2.* Ut mittam quod Consuetudo non vincat rationem (civilem nempe) aut legem contrariam præcedentem ut jus quoddam fortius, (cum potestate pares sint) sed tantum ut posterius.

Objicies *l. de quibus 32. in prin. D. de legibus*, in verbis: *de quibus caussis scriptis legibus non utimur &c.* atque etiam *l. diuturna. 33. D. eod.* cum ait: *pro jure & lege in his quæ non ex scripto descendunt &c.* nec non *c. consuetudo 5. distinct. 1.* Resp. quod Consuetudo non solum ubi lex deficit locum habeat.

d. l. de

d. l. de quibus 32. in prin. cum l. seq. D. de legibus. Sed etiam ubi legi scriptæ contraria est, *§. pen. in fin. Instit. de jure nat. gent. & civil. l. de quibus 32. §. 1. D. de legibus. lib. 2. feudorum tit. 1. de feudi cognitione.* vel sententiam ejus declarat, *l. si de interpretatione 37. D. de legibus.*

Objicies quod tali ratione potestas condendarum legum, quæ per legem regiam soli Principi competit *l. ult. Cod. de legibus*, elusoria redderetur; cum consuetudo sit jus vimque legis obtineat, *§. sine scripto 9. Instit. de jure nat. gent. & civil.* Resp. quod cum consuetudo tacito universi populi (quo verbo etiam Princeps tanquam populi caput comprehenditur) consensu inducatur, videatur Princeps ex eo quod non coëgerit inobedientes ad parendum legi, sed longo tempore passus fuerit populum aliter agere quam ipse lege sua præcepit, in consuetudinem quasi consensisse, eamque conniventiâ aut taciturnitate sua hactenus confirmasse. Quod satis apertè Julianus probat in *l. de quibus 32. § 1. in fine D. de legibus*, cum ait: *Quare rectissimè etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.* Ut intelligamus non tantum leges quas ipse populus condidit, sed etiam quas Princeps, consuetudine adrogari & in desuetudinem abire posse.

DUBITATIO XX.

An secundum leges Romanas concessum sit Principi de rebus & fortunis singulorum pro arbitratu suo disponere?

IUre Romano non potest Princeps de rebus quæ ad singulos spectant, iis invitis disponere: ne injuriarum inde oriatur occasio, unde jura nascuntur, *l. meminerint 6. Cod. unde vi.*

 Et sunt

Et ſunt in hanc rem expediti textus in §. *ult. Inſtit. de his qui ſui vel alieni juris ſunt*, §. *3. Inſtit. & l. 10. §. 1. D. de Iuſtitia & jure. verb. alterum non lædere. l. quoties 2. l. reſcripta 7. Cod. de precibus Imp. offer. l. ult. Cod. ſi contra jus vel utilitatem l. ult. in prin. D. de natal. reſtituend. l 3. Cod. de reſcind. vendit. & in uſibus feudorum lib. 1. tit. 7. in prin. de natura feud.*

Objicies *l. 1. D. de conſtit. Princip. §. ſed & quod. 6. Inſtit. de jure nat. gent. & civil.* Reſp. Quod Principi placet legis vigorem habere, ſi publicè utile ſit, nec à bono & æquo deviet: at ſuum cuiquam invito adimere, bono & æquo contrariatur.

Objicies *l. 2. §. ſi quis à Principe 16. D. ne quid in loco publico.* Reſp. Quod cum quilibet privatus in ſuo ædificare cum vicini ſui incommodo, ſi ei nullam ſervitutem debeat, poſſit, *l. altius 8. cum l. ſeq. Cod. de ſervitutibus & aqua. l. cum eo 9. D. de ſervit. urbano. l. Proculus 26. D. de damno infecto.* etiam poterit in publico Princeps, vel is qui facultatem ædificandi à Principe accepit. *arg. l. ſervitutes 14. §. ult. D. de ſervitutibus. l. 1. §. permittitur 41. & §. ſeq. D. de aqua quotidiana & æſtiva.* Quinimo Princeps ſibi minus quam privatus arrogat: qui enim à privato ſimpliciter ædificandi facultatem accepit, is cum alterius, cui nulla ſervitus debetur, incommodo ædificare poteſt; non autem qui à Principe facultatem in publico ædificandi, niſi & hoc nominatim ei conceſſum ſit, *l. 2. §. merito 10. juncto §. ſi quis 15. D. ne quid in loco publico.*

Neque etiam adverſatur *l. 2. in prin. juncto §. Caſſius 3. D. de aqua & aqua pluvia arcend.* Quia opera illa publica cum incommodo inferiorum agrorum non aliter fiunt quam urgente neceſſitate vel utilitate publicâ, quo caſu Princeps de bonis privatorum diſponere poteſt, ut infra dicam. Sic quoque reſpondeo ad *l. quo minus. 2. D. de fluminibus*. Uti etiã cum dicunt

dicunt Principem leges ferre & abrogare pro arbitratu suo posse. Quia non aliter quam necessitate vel utilitate publicâ urgente id ei permissum est: Neque legum officium est præteritis, sed futuris negociis formam atque modum præscribere; ne cui quæsitum jus auferant, *l. leges 7. Cod. de legibus. l. divæ 65. in fine Cod. de Decurionibus.*

Si quis objiciat quod non solum Princeps, sed & quivis alius qui jurisdictionem habet, in integrum restituere queat, *l. 1. & tot. tit. D. & Cod. de in integrum restitut. l. ult. Cod. ubi & apud quem &c.* In integrum autem restitutio sine ablatione juris quæsiti fieri non possit, *arg. l. quod si 24. §. restitutio 4. D. de minoribus.* Reponam quod ille qui cum aliquo contrahit, vel sit vel esse debeat non ignarus conditionis ejus cum quo contrahit. *l. qui cum alio 19. in prin. D. de reg. juris.* Et quod ille cui negocium est cum eo qui in integrum restitutionem petere potest, non aliter sibi jus quærat quam quasi sub tacitâ illâ conditione: si in integrum restitutio petita & impetrata non fuerit, *arg. l. 1. D. de minoribus, & l. 1 D. ex quibus caussis majores.*

Ne objicias *l. de potestate 3. Cod. de crimine sacrilegii.* Quia de potestate quam extra omnem controversiam Princeps habet, disputare, eamque in dubium vocare sacrilegium est; uti etiam est si aliquid fecerit quod in nullius præjudicium tendit , veluti si ætate minorem huic vel illi muneri præfecerit &c.

Nec moveor per *l. Princeps 31. D. de legibus.* Non enim jure gentium solutus est Princeps, neque etiam ipso bono & æquo; at contra jus gentium est, ipsumque adeò bonum & æquum jus alicui quæsitum adimere..

Si dicas Imperatorem mundi Dominum esse, *l. deprecatio 9. D. ad leg. Rhod. de jactu.* Resp. primò illud de solo orbe Ro-

mano intelligi, deinde illud ad justum regimen restringi, nec ad singulorum fortunas extendi debere, *Senec. lib. 7. de benefic. cap. 5.*

Dices omnia Principis esse, *l. bene à Zenone 4. in prin. Cod. de quadriennii præscriptione.* Resp. omnia Principis esse, quæ nempe tam in privato Cæsaris patrimonio, quam fisco sunt; non autem ea quæ ad singulos spectant, *d. l. bene à Zenone.*

Si porrò objicias quod in *d. l. bene à Zenone* is qui à fisco rem alienam emit, statim securus fiat; Domino autem non nisi actio in personam ad repetendum intra quadriennium precium competat: Resp. Primò id quasi necessitate vel utilitate publicâ urgente constitutum esse, ne in posterum homines magno cum Reipublicæ damno à fiscalibus alienationibus deterrerentur, *arg. l. 2. & d. l. benè à Zenone. Cod. de quadriennii præscript.* Deinde Dominum hanc suæ negligentiæ & incuriæ pœnam ferre. Tertiò ipsum intra quadriennium ad precium rei suæ agere posse, adeoque parvum hic esse præjudicium. Quartò fisci peculiare privilegium esse, idque ex justâ ratione insertâ *d. l. bene à Zenone. in fine.*

Quod si adducas *lib. 1. Samuelis cap. 8. vers. 11. & seqq.* Resp. illa optimè in Reges quadrare qui armis & justo bello imperium sibi quæsiverunt: Ideoque Samuelem non tam de jure quod Rex Israëlis, utpotè à populo electus, habiturus est; quam de modo regendi quem ipse ad imitationem illorum qui justo bello imperium sibi parârunt, secuturus est, *arg. Deuteron. cap. 17. vers. 14. & seqq.*

DUBI-

DUBITATIO XXI.

An illis casibus quibus Principi permissum est de rebus singulorum disponere, non debeat justum earum precium Dominis exsolvi?

QUod dixi Principem de rebus singulorum disponere aut alicui suum auferre non posse, limitatur I. cum publica necessitas urget, II. cum publica utilitas, *l. 2. in prin. juncto §. Cassius 3. D. de aqua & aqua pluvia arcend. l. quo minus 2. D. de fluminibus. l. si quando 9. l. ædificia 14. Cod. de operib. publ. l. 1. & tot. tit. Cod. pro quibus caus. ser. &c. juncta l. ita vulneratus 51. §. 2. D. ad leg. Aquil. l. 2. Cod. de com. rer. alienat.* Illa enim supra leges omnes; hæc autem facit, ut inter leges suprema sit, quæ ei favet. Nihil obstat *l. id quod 11. D. de. reg. juris.* Quia pro facto habetur quod jus fieri præcipit: nec aliud velle potest Dominus, quam justâ ex causâ placet legi. Enimverò justum hisce casibus Domino exsolvendum est rerum suarum precium, & quidem ex ærario publico, *l. 2. Cod. pro quibus caussis servi &c. l. venditor 13. §. 1. D. communia prædior. l. si quando 9. Cod. de operibus publicis, in verbis, Nisi usque ad 50. libras argenti precii æstimatione taxabitur: de ædificiis verò majoris precii &c.* Ne unus vel pauci luant quod fit pro universis.

Objicies *l. Lucius 11. D. de evict.* Resp. quod agat de agro provinciali qui strictâ juris ratione ad populum Romanum pertinebat, *arg. l. si captivus. 20. §. 1 D. quibus modis usus vel usufruct. amitt.* Cui proinde de suo pro arbitrio disponere permissum erat (non enim nisi precarium quoddam dominium possessoribus, qui antea hostes fuerant, relictum erat) *l. in re mandata 21. Cod. mandati.* Eodem modo interpretor *l. si fundus*

fundus 33. *D. Locati*. Quemadmodum quoque *l. item si* 15. §. 2. *D. de rei vindicat.* quę propterea dicit, *modico honoris gratia*; non autem *precii*: cum si possessoris propria res fuisset, neque modicum honoris, neque modicum precii nomine sufficeisset, sed justum precium exsolvendum fuisset. Quod autem modicum honoris gratia possessori Princeps solverit, non ad juris necessitatem, sed Principis humanitatem referendum est, (potuisset enim nihil dare, uti in specie *l. Lucius* 11. *D. de eviction. l. si fundus* 33. *D. locati.*) dedit tamen in hac lege *item si* 15. §. 2. ne possessor solus conquerendi caussam habere videatur: non quidem ex eo quod Princeps suum repetat, sed quod alii possessores, qui ejusdem planè conditionis sunt, suum quasi precarium dominium adhuc retineant.

Si quis dixerit favorem publicum maximum esse: Reponam, non propterea cum violatione juris gentium summâque iniquitate promovendum esse; præcipuè ubi aliter res expediri potest, uti hoc casu.

Si quæras an ad officium boni civis non spectet ad imitationem Marci Curtii *apud Livium*, vel Horatii *apud Halicarnass.* mortem pro salute publicâ oppetere? Resp. quod ita: sed nullum vitæ precium esse: quapropter Rempublicam familiæ ac nomini ejusmodi Civis perpetuò devinctam esse.

DUBITATIO XXII.

An Princeps reo ignoscere & gratiam pœnæ facere poßit.

PRinceps reo ignoscere & gratiam pœnæ facere potest, *l. pen. Cod. de calumniat. l. pen. Cod. de precib. Imperat. offer. l.* 1. *in fine D. de Constitut. Princip. §. sed & quod.* 6. *Instit. de jure nat. gent. & civil.* Quod rectum satis & æquum est: adeo ut de

ut de eo dubitare ſacrilegium videatur, *arg. l. diſputare 3. Cod. de Crimine ſacrilegii.* Dummodo hâc poteſtate ad illum modum & normam utatur Princeps, quâ Romani eam exercuêre. Scilicet ut reo ignoſcat ac gratiam pœnæ faciat I. ſine læſione juris publici. II. ſine læſione juris privati. III. ut parcè. IIII. ut prudenter. Læſio juris publici nulla contingit, ſi is qui deliquit benemerita vel ſua, vel parentum, vel etiam amicorum pro ipſo apud Principem intervenientium repenſari digna, vel etiam in futurum ſine dubio præſtanda culpæ opponere poſſit, atque ita auctoritate & clementiâ Principis interveniente quaſi compenſationi locum facere, *arg. l. ad beſtias 31. in prin. D. de pænis.* Nam, ut ait Seneca, *beneficium ſuperveniens injuriam apparere non patitur.* Vel etiam ipſe Princeps propria ſua in Rempublicam benemerita, ex ſpeciali erga reum amore & gratiâ, culpæ ejus opponere, & tali quaſi ſatiſfactione utramque obligationem pro concurrente quaſi quantitate tollere cupiat: quod ipſum toties velle credendum eſt, quoties nulla rei, parentum, vel amicorum in Rempublicam benemerita occurrunt, *arg. l. ult. in fine Cod. de quadriennii præſcriptione, l. Princeps 31. in fine D. de legibus.* Læſio juris privati nulla evenit, ſi reus cum iis ad quos injuria pertinet, quibuſque ſcelere ſuo damnum dedit, prius tranſigat: quod enim actione legis Aquiliæ aliâve ſimili illis debetur, *arg. l. 5. §. ult l. 6. l. 7. in prin. D. ad legem Aquiliam l. 3. Cod. eod.* Princeps adimere non poteſt, *arg. l. 2. D. de his qui ſui vel alieni juris ſunt, §. ult. Inſtit. eod. l. 2. Cod. pro quibus cauſſis ſervi &c.* Denique hæc poteſtas parcè exerceri debet: quia rarò evenit ut alicujus in Rempublicam talia benemerita ſint, quæ jure quaſi compenſationis culpam gravi forſitan ſcelere contractam tollere poſſent: & ſi ſint, vix eſt ut tamdiu non repenſata manſerint, donec fortè commiſſum ali-

quod facinus iis perimi posset: adhæc non solet prudens & bonus Princeps sua in Rempublicam benemerita ipse æstimare, præmiumve quod eum manet crebris scelerum remissionibus imminuere. Tandem prudenter hac potestate Princeps uti debet, nec facile gratiam pœnæ ei facere quem superhabitis ullius benemeritis totius quasi populi judicia ad supplicium vocant; sed ei tantum, cui quasi ignoscunt: Et maximè ne facilè concessâ veniâ audacius homines & confidentius peccent, secundum illud Satyrici:

——— Sed & exorabile numen
Fortasse experiar: solet his ignoscere-

Accedit quod cum Princeps sit quasi visibilis imago Dei inter homines, non solum justitiam sed etiam subinde clementiam ejus exprimere debeat: hinc illud Hebræi Sapientis: δεῖ τὸν δίκαιον εἶναι φιλάνθρωπον: *Iustum decet clementia*. Quare Sopater, τὸ περὶ τὰ συναλλάγματα τῆς δίκης ἐπανορθωτικὸν ἐκφεύγει παντελῶς τὸ τῶν χαρίτων γένος. τὸ δ' ἐπὶ τοῖς ἐγκλήμασι κείμενον οὐκ ἀναίνεται τὸ πρᾶον καὶ φιλάνθρωπον τῶν χαρίτων πρόσωπον. *Iustitiæ pars illa quæ contractus ad æqualitatem reducit, omnino respuit omne gratiæ genus: at ea pars quæ circa delicta occupatur, non recusat suavem & blandam gratiarum faciem*. Seneca Neronem hoc vult cogitare: *Occidere contra legem nemo potest: servare nemo præter me*. Lactantius de Principe loquens, *Legem*, inquit, *cum poneret, non utique ademit sibi omnem potestatem, sed habet ignoscendi licentiam*. Et D. Augustinus *Imperatori*, inquit, *licet revocare sententiam, & reum mortis absolvere & ipsi ignoscere, quia non est subjectus legibus, qui habet in potestate leges ferre*. Ita David pœnam homicidii Absaloni filio qui fratrem suum Ammonem interfici curaverat, remisit, eumque in gratiam recepit, *2. Samuel. cap. 13. vers. 28. 29. & ult.* Sic etiam toto tempore vitæ & regiminis sui pepercit Joabo ob militarem hominis virtutem: quamvis duo diversis temporibus

ribus homicidia commisisset *2. Samuel. cap. 3. vers. 27. & cap. 20. vers. 10. juncto lib. 1. Regum cap. 2. vers. 5.* Pepercit etiam (saltem quamdiu vixit) Simei filio Geræ, qui crimen majestatis commiserat Principique suo maledixerat. *2. Samuel. cap. 16. vers. 5. juncto lib. 1. Reg. cap. 2. vers. 8.*

Oppones quod legis Auctor aliquo modo legibus suis obligetur. Resp. hoc verum esse quatenus Auctor legis ut pars Civitatis spectatur; non qua Civitatis ipsius personam atque auctoritatem sustinet.

Oppones ex Sacris literis quod maleficus dignis sit afficiendus suppliciis: Quod ei oculus noster parcere non debeat: Quod miserari non debeamus maleficum: Quod abripi ab altari debeat &c. *Genes. 9. vers. 5. & 6. Exod. 21. vers. 12. & 14. Levit. 20. vers. 4. Levit. 27. vers. 29. Num. 35. vers. 31. Deuteron. 13. vers. 8. Deuteron. 19. vers. 12. & 13.* Quod terra sceleribus pollui dicatur, nec lustrari expiarique possit, nisi pollutoribus sublatis, *Levit. 18. vers. 25. Esa. 26. vers. ult. Deuteron. 21. Iud. 20. vers. 13.* Resp. tantundem jure Romano de scelestis hominibus dici, *arg. tot. tit. D. de pœnis. l. ita vulneratus. 51. §. ult. D. ad legem Aquil. l. congruit 13. in prin. D. de officio Præsidis. tot. tit. D. & Instit. de publicis Iudiciis.* Et tamen concurrentibus iis de quibus jam dictum, Principem eodem jure gratiam facere posse, *d. l. pen. Cod. de Calumniator. l. pen. Cod. de precib. Imperat. offer. l. 1. in fine. D. de Constitut. Princip. §. sed & quod 6. Instit. de jure nat. gent. & civil.* Præterea naturalem rationem sat manifeste innuere, ut communis vitæ societas inter homines conservetur, nocentes dignis suppliciis afficiendos esse, *Plutarch. lib. de Exilio.* Malum passionis esse debere ubi est malum actionis. Et ut Horatius,

——— *adsit*

Regula peccati quæ pœnas irrogat æquas,

Nec scutica dignum horribili sectare flagello.

Quapropter dico præmissa sacræ Scripturæ loca in thesi verissima esse; sed in omni hypothesi, & præcipuè hâc nostrâ, præcisè servari non debere. Itaque non parcet oculus noster scelerato; nisi, uti dictum, aliquo speciali casu sine juris publici vel privati læsione aut alicujus offensione quasi intersit aliâ viâ & modo vindictæ publicæ satisfieri: scire enim leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem, *l. scire 17. D. de legibus.* non est earum literæ adhærere, aut verba captare, sed qua mente quid diceretur animadvertere, *l. pen. D. ad exhibendum.*

Quod objicitur ex *1. Regum* 20. *vers.* 42. facilem admittit responsionem: scilicet Achabum dimisisse Benhadadum Syriæ Regem contra expressum & singulare quod acceperat Dei mandatum: præcipuè quia nihil occurrebat quo vindictæ publicæ alio modo quam Benhadadi morte satisfieri poterat.

Quod autem ex Bodino *lib. 1. de Rep. cap. 10.* opponitur, facilius removetur: nempe de gratiâ ex plenitudine quâdam potestatis & nimis temere concessâ eum loqui; ac proinde non tam de recto clementiæ usu quam abusu.

DUBITATIO XXIII.

Quo sensu Imperator mundi Dominus dicitur? in l. 9. D. ad leg. Rhod. de jactu.

CUm Antoninus Imp. se mundi Dominum appellasset in *l. deprecatio 9. D. ad legem Rhodiam de jactu.* Bodinus id ad pompam dictum & ob id refutatione minimè egere scripsit,

psit, *lib. 1. de Rep. cap. 9. num.* 129. Nec defuêre interpretes qui variè Antonini dictum exposuêrunt. Dico Imperatorem non de orbe universo, sed Romano duntaxat loqui: uti & idem dicendi modus cum in sacris literis tum aliis scriptoribus usitatissimus est: multaque eo tempore adhuc regna fuerint, quibus nequidem Romanorum nomen semel innotuerat: Imo ipse Antoninus disertè mundum, de quo loquitur, à mari sejungit, quod non fecisset si de universo orbe intelligi voluisset, cum eo mare contineatur. Et quidem Imperator se mundi Romani dominum esse pronunciat, non intuitu rerum ad singulos spectantium, *arg. §. ult. Instit. de his qui sui vel alieni juris sunt. l. 2. D. eod.* sed imperii duntaxat & jurisdictionis, *Seneca lib. ult. de beneficiis. cap. 4*

DUBITATIO XXIV.

An jure Romano fœtus in utero animatus non sit homo?

FOetus in utero animatus, si prodigium & ab humanâ formâ omnino aberrans monstrum non sit, *arg. l. quod certatum 3. Cod. de posthumis instituend.* per se consideratus homo est, & in jure Romano pro homine vero, perinde ac si in rebus humanis esset, agnoscitur, quoties hoc ipsi utile est: textus expressus *in l. qui in utero 7. D. de statu hominum.* Quare legitima hereditas ei restituitur: & si prægnans mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit, postliminium habet: præterea si ancilla prægnans surrepta fuerit, id quod natum erit, tanquam furtivum usucapi nequit, *l. qui in utero 26. D. de statu hominum.* Et is cui ita legatum est, *quandoque liberos habuerit,* si prægnante uxore relictâ decesserit, intelligitur impletâ conditione decessisse, *l. is cui ita 18. D. quando dies*

legatorum &c. præterea rei capitalis damnatur mulier quæ acceptâ pecuniâ partum sibi medicamentis abigit, *l. Cicero 39. D. de pœnis.* Cui adstipulantur *c. consuluisti 2. quæst. 5. c. quod verò 8. & c. Moyses seq. 32. quæst. 2.* Neque longe abit Tertullianus in Apologetico: *Nobis verò*, inquit, *homicidio severiter interdicto etiam conceptum utero dum adhuc sanguis in hominem delibatur, dissolvere non licet. Homicidii festinatio est, prohiberi nasci: nec refert natam quis eripiat animam, an nascentium disturbet: homo est & qui est futurus, & fructus hominis qui jam in semine est.* Aut etiam Galenus *in libro, An animal sit id quod in utero est.*

Objicies *l. in falcidia 9. §. 1. D. ad legem falcidiam.* ubi hæc occurrunt: *quia partus nondum editus, homo non rectè fuisse dicitur.* Resp. hoc dici intuitu detractionis quartæ ex lege falcidia: hominemque intelligit jam editum, qui demonstrari & hereditatis æstimationem augere potest; prout omnis esse debet, cujus ratio in deductione quartæ ex lege falcidia habetur, *arg. d. l. in falcidia 9. in prin. & §. 1.* At talis non est, qui adhuc in utero ancillæ est, cum ignoretur quis, qualis, ac proinde cujus valoris sit. Ut non dicam durum fore eum pro homine à matris personâ distincto in solius heredis damnum, nullo autem modo in sui commodum, sed legatariorum & fideicommissariorum haberi: cum in dubio magis pro herede quam pro legatariis & fideicommissariis pronuntiandum sit.

Objicies *l. cum inter 14. Cod. de fideicommissariis libertatibus.* Resp. quod cum ait, *& homo fieri speraretur*, manifeste de homine jam edicto & separatim à personâ matris consistente loquatur, qualis proculdubio non est qui adhuc in utero portatur.

Objicies *l. 1 §. 1. D: de ventre inspiciendo.* Resp. nihil aliud Jurisconsultum velle, quam quod is qui adhuc in utero

uxoris

uxoris est, talis non sit, quem maritus jure suo per interdictum desiderare potest aut exhiberi sibi, aut ducere permitti; cum adhuc sit ipsius matris portio, vel viscerum.

Nihil etiam obstat *l. 2. D. de mortuo inferendo.* Quia partus in utero existens matre mortuâ spes animantis ex eo duntaxat vocatur, quod evenire possit, ut excisus servari salvarique possit: Sicuti Gorgias Epirota in funere matris suæ utero elapsus & inopinato vagitu suo lectum ferentes consistere coegit: & ita mater fato functa peperit: & Gorgias ante elatus quam natus fuit. *Valer. Maxim. lib. 1. cap. ult.* Ex quibus omnibus constat, quod falsò Romanis legibus Stoicorum hâc de re sententia affricetur, de quâ Plutarchus *lib. 5. de placitis Philosophorum. cap. 15.*

DUBITATIO XXV.

An mulier propriè sit homo, & an poculum abortionis sine dolo malo præberi possit.

MUlier propriè homo est. *Hominis*, inquit Gajus, *appellatione tam fœminam quam masculum contineri non dubitatur, l. 152. D. de verb. signif.* & verbum hoc *si quis* tam masculos quam fœminas complectitur. *l. 1. D. eod.* Accedit *l. Mævius 66. §. non idem 3. vers. hominis. D. de legat. 2. l. quod & lex 3. §. 1. D. de homine libero exhibendo. l. si repudiaverint 2. §. 1. D. ad leg. Corn. de sicariis.* Enimvero contrarium placuit Cuiacio *lib. 21. obs. cap. 6.* moto auctoritate Pauli *in l. si quis 38. §. qui abortionis 5. D. de Pœnis.* ita scribentis: *qui abortionis, aut amatorium poculum dant: etsi dolo non faciant: tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur; quod si eo mulier aut homo perierit: summo supplicio afficiuntur.* Verum respondeo quod Juris-

Iuriſconſultus mulierem homini non opponat, ſed poculo abortionis mulierem, poculo amatorio hominem ſubjiciat: illo enim tantùm mulier perire poteſt, non mas; utpotè quæ ſola concipit & vi ventri illatâ vel vitio affectâ abortum aliquando facit, *arg. l quæritur 14. in prin. & §. 1. D. de Ædilitio edicto. l. 1. §. 2. D. de ventre in poſſeſſ. mittend.* At hoc tam mas quam fæmina: *Latè Menoch. de arbitr. Iud. quæſt. caſu 357. Plinius lib. 25. cap. 3. Hinc Ovidius lib. 2. de arte amand.*

Phaſias Æſonidem, Circe tenuiſſet Vlyſſem
Si modo ſervari carmine poſſet amor:
Nec data profuerint pallentia philtra puellis.

Ita ut communi ſententiæ Paulus faveat: appellatione hominis tam fæminam quam marem complectens.

Ad alteram difficultatem quod adtinet, dicendum eſt illa verba: *etſi non dolo faciant*, non ad eos qui abortionis, ſed qui amatorium poculum dant, referenda eſſe: in illis enim abſurdum ſenſum inducerent; cum vix evenire poſſit ut ſine dolo malo abortionis poculum detur: in his verò optimum admittunt; cum amatorium poculum plerumque ſine dolo porrigatur. At ſemper affectanda & capienda eſt interpretatio quæ vitio caret, *l. in ambigua 19. D. de legibus.* Quapropter prædicta verba: *etſi dolo non faciant*, immediatè ſubjiciuntur iis, quæ de amatorium poculum dantibus, non autem abortionis, tractant.

DUBITATIO XXVI.

An in jure Romano ſervi ſine Dominis dentur?

QUia ineptum eſt poſito uno correlativorum non poni & alterum, *Everhar. in Topic. Loco à Correlat. num. 2.* Ideo dico quod (etiam jure Romano) non dentur ſervi ſine Do-

Dominis §. *servitus* 2. *Instit. de jure personarum. l.* 4. §. 1. *D. de statu hominum. tot. tit. Instit. de his qui sui vel alieni juris sunt.*

Nihil obstat *l. quemadmodum* 38. §. 1. *D. de noxalib. actionib. juncta l. quod servus.* 36. *D. de stipulat. servorum.* Quia servus à Domino suo pro derelicto habitus non amplius ut persona, sed ut res consideratur, quæ in alicujus dominio necessario esse non debet, sed pro derelicto habita nullius in bonis est & occupantis fit, §. *pen. Instit. de rer. divis.* Noli putare servum à Domino suo pro derelicto habitum liberum statim fieri. Quia ad libertatem servi non nisi certis & expressis modis perveniunt, inter quos hic non recensetur, *arg. l. patre* 8. *D. de his qui sui vel alieni juris sunt.*

Nihil adversatur quod servus hereditarius nullius in bonis sit, *l. licet* 3. *in prin. D. de peculio. l.* 1. *in prin. D. de rer. divis.* Quia hoc verum est inspectâ naturæ veritate; at juris fictione hereditas defuncti personam sustinet & hereditarii servi domina censetur, *prin. Instit. de stipulat. servor. l. hereditas* 34. *l. hereditas* 61. *D. de acquir. rer. domin. l. non minus* 31. §. 1. *D. de hered. instit.* Cui solutioni non adversatur *l. novatio* 34. *in fine D. de Novationibus*: verba enim, *sed transit in heredem cujus personam interim hereditas sustinet*, procedunt effectu ipso inspecto: aditâ enim hereditate fit quædam retrotractio, cujus vi, heres videtur heres fuisse à momento mortis ipsius defuncti. Ideo autem hereditas jacens personam defuncti potius sustinet quam heredis: quia fictio naturam imitatur. §. *minorem* 4. *Instit. de Adoption.* Naturæ autem convenientius est personam certam potius quam incertam repræsentare; certa autem est defuncti, heredis incerta; cum possit non adire.

Nihil etiam obstat quod servi pœnæ ne fiscum quidem Dominum habeant, *l. si in metallum* 3. *in prin. D. quæ pro non scri-*

ptis habentur. l. sunt quidam 17. in prin. D. de pœnis. Quia pœna eorum Domina censetur; uti etiam ipsum nomen indicat. Si dicas quod servi pro nullis habeantur, *l. quod adtinet* 32. *D. de Reg. juris.* & mortuis, *l. intercidit* 59. §. *ult. D. de condit. & monstrat.* Resp. eo tantùm significari quod non habeant juris civilis communionem.

Oppones *l. si usumfructum* 23. *in prin. D. de liberali caussa* Resp. quod ibi agitur de usufructu liberi hominis bona fide vendito & cesso: Et ait Paulus illius hominis proprietatem (intellige putativam) penes venditorem remanere: ne alioquin ille censeatur servus qui nullum habet dominum.

Sic etiam non obstat, *l. 1. Cod. Communia de manumiss. in prin.* Quia si proprietarius ignorante vel iuvito usufructuario libertatem servo tribuerat, jure veteri quandiu usufructus durabat, nec libertatem nec dominum servus habebat: quod quia absurdum Justiniano visum est; ideo constituit servum illicò liberum fieri; servitia tamen, quandiu ususfructus durat, præstare debere, *d. l. 1. in prin. Cod. Communia de manumiss.*

DUBITATIO XXVII.

An verum sit quod ait Iustinianus in §. jus autem 2. Instit. de patria potestate, *patriam potestatem civium Romanorum propriam esse?*

IVs *autem potestatis*, ait Justinianus, *quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum: nulli enim alii sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus. §. 2. Instit. de patria potestate.* Quod effatum falsitatis accusat Fran. Connanus *lib. 2. com. cap. 13. n. 2.* uti etiam Bodinus *de Rep. lib. 1. cap. 4. num. 22.* Nec per omnia verum esse

putat

putat Cujacius *in notis posterior. ad Instit.* cum *nulli* particulam *ferè* præponit. Credo Ego quod patria potestas latè & quasi in genere considerata ex jure Gentium sit. Nam apud omnes gentes animadvertere possumus parentes in liberos potestatem habere, *arg. §. 1. & 2. Instit. de jure nat. gent. & civil. Cæsar lib. 6. de bello gallico. Aristotel. in ethic. lib. 8. cap. 12. Plinius in Panegyrico.* Hinc liberi parentibus ex jure gentium obedientiam, honorem & pietatem debere dicuntur *l. 2. D. de Iustitia & jure. l. 1. in prin. §. 1 & 2. l. 9. cum l. seq. D. de obseq. parent. & patron. præstand.* Imo eis naturâ subjecti esse, *l pronuntiatio 195. §. 2. in medio. D. de verb. signif.* Eò etiam referri potest *§. jus autem 2. Instit. de patria potestate.* ubi aliis hominibus non quidem patria potestas denegatur, sed tantum talis qualem cives Romani habent. At patria potestas strictè & in specie accepta juris civilis est, *l. item in potestate 3. D. de his qui sui vel alieni juris sunt. §. jus autem 2. Instit. de patria potestate*: tollitur enim minima capitis diminutione, *§. minima 3. Instit. de capitis diminut. §. præterea 6. Instit. quibus modis jus potestat. solvit.* quâ ea duntaxat pereunt quæ juris civilis sunt, non autem gentium *§. quod autem 6. Instit. de capit. deminut. §. sed & 4. Instit. quibus modis tutela finitur.* Tollitur multo magis deportatione, *§. cum autem 1. Instit. quibus modis jus potestat. solvitur.* At deportatione ea quæ juris gentium sunt non amittuntur, sed ea tantum quæ juris civilis sunt, *l. sunt quidam 17. §. 1. D. de pœnis. l. deportatus 15. D. de interdictis & relegatis.* Quinimo hæc strictè dicta potestas etiam origine juris civilis est: Nam & justæ nuptiæ sunt juris civilis, uti etiam legitimatio atque adoptio ex quibus oritur: & qualis est caussa, tale etiam est caussatum.

Fateor quidem hoc jus civile maximum fundamentum in jure naturali & gentium habere, *l. 2. D. de justitia & jure. l. 1.*

in prin. §. *1.* & *2. l. 9. cum l. seq. D. de obsequiis parent.* & *patron. præstand.* sed ex eo non sequitur patriam hanc potestatem origine juris gentium esse: cum omne jus civile à naturali aliquo modo sit derivatum, *l. jus civile* 6. *D. de justitia & jure*, nec tamen inde inferri solet, omnia quæ jure civili constituta sunt, origine juris gentium esse.

Objicies *l. pronuntiatio* 195. §. *familiæ* 2. *in medio D. de verb. signif.* Resp. quod ea natura intelligatur quæ legibus civilibusque institutis determinata est, ex qua determinatione jus civile nascitur, *jus civile* 6. *D. de justitia & jure.* Eodem modo respondeo *ad l. 1. D. de adoption.* quia sola natura vel etiam jus gentium filium potestati patris sui quoad statum atque caput non subjicit, sed obedientiam solùm, honorem atque pietatem exigit, *d. l. 1. in prin.* §. *1 & 2. l. 9. cum l. seq. D. de obseq. parent. & patron. præstand. l. 2. D. de Iustitia & jure.* Eadem etiam ratione respondeo *ad l. cum in adoptivis 10. in medio prin. in verb. nexu divino copulata. Cod. de Adoptionibus.*

Nihil etiam obstat quod patria potestas dicatur moribus introducta, *l. patre 8. D. de his qui sui vel alieni juris sunt.* Quia licet sæpe moribus introductum dicatur, quod ex jure gentium est, *l. libertinus 8. l. sororis 39.* §. *1. D. de ritu nuptiarum. l. si stipulor 35.* §. *1. D. de verb. obligat*, hoc tamen casu patria potestas moribus introducta dicitur, quia, cum leges Regiæ, quibus primùm constituta fuit, *Papin. lib. singulari de Adulteriis in fragment. tit 4. Halicarnass. lib. 2.* exactis Regibus lege Tribunitiâ latâ exolevissent, multisque annis populus Romanus consuetudine incertoque jure uteretur, eo iterum repetita & stabilita fuit, *arg. l. 2.* §. *exactis 3. D. de orig. juris.* Ut mittam mores sæpissime jus civile denotare, *l. si D. de. donat. inter virum & uxor. l. creditor* 20. *Cod. eod. l. 1.* §. 1. *D. ad S. C. Velleian. l. cùm Prætor* 12. §. 1. *D. de judiciis. l. de qui-*

bus

bus 32. §. 1. D. de legibus. l. 34. §. 1. D. de contrah. empt. l. 1. §. 1. D. de officio ejus cui mandata &c. l. more 5. D. de jurisdict.

Nihil etiam adversatur quod jure naturali & gentium liberi parentibus obedientiam, honorem pietatemque debeant, *l. 2. D. de Iustitia & jure.* Quia jus illud quod parentibus ex naturali & gentium jure in liberos competit, multis modis à patriâ potestate strictè dictâ differt: Nam I. hæc non nisi ex justis nuptiis, legitimatione atque adoptione (quæ omnia juris civilis sunt) competit, *l. 1. in prin. D. de Adoption. l. pronuntiatio 195. §. familiæ 2. D. de verbor. signif.* Illud naturâ tantum, id est, procreatione, *prin. Instit. de jure nat. gent. & civil.* II. Hanc solus pater aut avus paternus, hoc est, in familiâ primus habet, *§. ceteri 3. Instit. de heredum qualitate & different.* Illud tam matri quam patri, tam avo materno quam paterno competit, *l. quique 4. §. 2. cum ll. seqq. D. de in jus vocando.* III. Hæc in iis tantùm liberis qui justi & nondum emantipati sunt, *prin. Instit. de patria potestat. §. præterea 6. Instit. Quibus modis jus potestat. solvit.* Illud etiam in liberis naturalibus & legitimis, *l. quique 4. §. ult. D. de in jus vocando. l. adop. 13. §. serviles 2. D. de ritu nuptiar.* IIII. Hæc plures maximosque in omni juris parte effectus habet; illud aliquos tantùm eosque non magnos. V. Hæc finitur morte, emancipatione aliisque modis de quibus *in tit. Instit. Quibus modis jus potestat. solvit.* Illud morte tantùm, *Giph. in explic. l. 2: D. de justitia & jure.*

DUBITATIO XXVIII.

An aliqua & quanam jure Romano Ecclesiasticis Iurisdictio competat?

MAgistratibus Jurisdictio, sed Episcopis audientia conceditur, *l. cum Clericis 25. in prin. Cod. de Episcop. &*

Cleric. Hinc titulus in Codice: *de Episcopali audientia, lib.* 1: *tit.* 4. quæ etiam Episcopale judicium, & Episcopalis cognitio dicitur, *l. Episcopale.* 8. *Cod. de Episcopali audientia. Cuiacius in parat. Cod. eod.*

Minus est audientia quam jurisdictio: hæc enim est potestas judicandi resque judicatas cum imperio exequendi, *arg. l. ult. Cod. ubi & apud quem &c.* At illa, simplex notio sine potestate & imperio, *arg. l. notionem* 99. *D. de verb. signifi.* Quare pedaneis Judicibus potius quam Magistratibus Episcopi similes sunt: sicut enim pedaneus Judex sententiam suam non exequitur, sed Magistratus qui eum Judicem dedit, *l. à divo Pio* 15. *in prin. D. de re judicata:* Ita etiam non ipse Episcopus sententiam suam, sed Magistratus civilis exequitur, *arg. l. Episcopale* 8. *& l. quæ de alea* 25. *Cod. de Episcopali audientia.* Quod ex his Sozomeni verbis probat Cujacius loco supra citato: εἰς ἔργον τὰ κρινόμενα παρὰ τῶν ἐπισκόπων ἄγειν τοὺς ἄρχοντας, καὶ τοὺς διακονουμένους αὐτοῖς στρατιώτας, id est, *exequi, sive ad effectum perducere judicata ab Episcopis Magistratus & milites qui eis ministrant.* Quare Episcopus nec forum, nec lictores, nec apparitores habet; unde Ruffinus *lib.* 1. *Historiæ sacræ* de Gregorio quodam Episcopo Alexandrino ait: *satis procaciter vi raptum Episcopatum gerebat, ita ut magis sibi jurisdicundi fasces: quam Sacerdotium administrandum religiosis officiis æstimaret.*

Ad hanc Episcopalem audientiam pertinet primò omnis quæ de fide & religione quæstio incidit, *l. omni innovatione* 6. *Cod. de sacrosanct. Eccles.* de qua Justinianus etiam tractat *in l. sacris canonibus* 45. *Cod. de Episcop. & Cleric.* cum ait: *sacros autem canones non minus quam leges valere etiam nostræ volunt leges &c.* Quapropter in novella 83. *cap.* 1. jubet quæ Ecclesiastica sunt Ecclesiasticè examinari, nocentiumque animas secundum sacras & divinas regulas impositis censuris emendari;

dari; veluti excommunicatione, suspensione, interdicto, jejunio &c. Quod etiam Druides apud Gallos olim factitasse Cæsar scribit *lib. 6. de bello Gallico*, cum ait: *si quis aut privatus, aut publicus eorum decreto non stetit, sacrificiis interdicunt. Hæc pœna apud eos est gravissima. quibus ita est interdictum, ii numero impiorum & sceleratorum habentur; iis omnes decedunt, aditum eorum sermonemque defugiunt, ne quid ex contagione incommodi accipiant: neque iis petentibus jus redditur, neque honos ullus communicatur.*

Secundò quoties litigantes consentiunt de quâvis aliâ caussâ civili, Episcopus cognoscere eamque sententiâ suâ determinare potest, *l. si qui ex consensu 7. l. Episcopale 8. Cod. de Episcopali audientia*, omni appellatione cessante *d. l. Episcopali 8.*

Tertiò cum jure Codicis constitutum esset, ut Clerici Constantinopolitani conveniri non possent, nisi coram Episcopo; vel si actor malebat, Præfecto prætorio, *l. cum clericis. l. decernimus 13. Cod. de Episcopali audientia*: Reliqui verò Clerici aut monachi coram Judice ordinario; nec ad alium Judicem trahi possent, *l. omnes 33. in prin. Cod. de Episcop. & Clericis*. & si forte ex provincia in urbem sese contulerint, ibi coram Præfecto prætorio convenirentur, *d. l. omnes 33. §. 1.* quæ tamen ita procedebant, si non alicui ex his suis privilegiis Clerici renunciaverant, *l. si quis in conscribendo 51. Cod. de Episcop. & Cler. l. pen. Cod. de pactis.* Tandem Justinianus in Novellis suis Clericalem ordinem pluribus aliis privilegiis beavit: Primum enim constituit ut Monachi, Monastriæ, Ascetriæ & Clerici omnes in caussis civilibus, vel etiam delictis Ecclesiasticis, apud Episcopum omninò convenirentur; ita tamen ut priori casu, si Episcopi sententia alterutri parti displiceat, intra decem dies ad ordinarium Judicem appellare per-

missum

miſſum ſit; at à ſententiâ ſuper crimine Eccleſiaſtico latâ appellare hoc modo non liceat, cum ab Eccleſiaſticâ cauſſâ Iudex civilis prorſus abſtinere debeat. Quod ſi de alio crimine agatur, vel Epiſcopus vel Iudex ordinarius, id eſt, Præfectus urbi vel Præſes competens erit, *Novell.* 79. *Novell.* 83. *cap.* 1. & *Novell.* 123. *cap.* 21. Et ſi quidem apud Epiſcopum aliquis ex ſupradictis Eccleſiaſtici ordinis perſonis accuſetur & convincatur, is ab honore & gradu clericali dejectus Ordinario Magiſtratui traditur, qui ſecundum leges litem examinans cauſſæ finem imponit: Si verò prius civilem Judicem adeat Accuſator, crimenque probet, tunc Epiſcopus poſtquam ipſi reum nocentem eſſe conſtiterit, eodem modo eum exauctorabit & ordine atque habitu Eccleſiaſtico ſpoliabit, dignis deinde ſuppliciis à Magiſtratu afficiendum, *d. Novel.* 123. *cap.* 21. Qui mos etiam apud Ethnicos Pontifices ſervatus fuit; uti apparet ex epiſtola Symmachi 118. *lib.* 1. Ubi damnata à Pontificum collegio virgo veſtalis ad Præſidem mittitur punienda.

Huc referri etiam debet authentica *Statuimus. Cod. de Epiſcop. & Clericis*, petita ex Conſtitutione Friderici ſecundi *de ſtatutis & Conſuetudinibus &c.* quæ abſolutè de Jurisdictione & Imperio, quæ jure Canonico & receptis multorum populorum moribus hodiè Epiſcopis competit, intelligenda non eſt: ait enim, *Statuimus ut nullus Eccleſiaſticam perſonam in criminali quæſtione vel civili trahere ad Iudicium ſæculare præſumat contra Conſtitutiones Imperiales & Canonicas ſanctiones.* Atqui ante hanc Friderici legem nullæ Conſtitutiones Imperiales circa hanc rem emanârant, præter eas, quas Iuſtinianus & qui ipſum præ ceſſere Principes in favorem ordinis Clericalis piè ordinaverant; uti etiam nullæ Canonicæ ſanctiones majus aliquod jus Eccleſiaſtico ordini vindicantes.

Ita

Ita ut hæc Friderici Constitutio tantùm sit confirmatoria veterum privilegiorum, & abrogatoria statutorum & consuetudinum quæ contra Ecclesiasticam libertatem in Imperium Romanum irrepserant; uti ex inscriptione & toto Constitutionis ipsius contextu constat.

Nec est quod Justinianus nimiæ in venerabilem Clerum benevolentiæ & liberalitatis ob hanc Episcopalis audientiæ amplificationem accusetur: Cum nullo aptiori modo zelum & amorem, quibus in religionem Christianam atque adeo Deum ipsum ferebatur, publicè, & ad insignem Ecclesiæ Dei ædificationem testari se posse arbitrabatur.

Transeo ad jus Canonicum, quo, quod ad Ecclesiasticas personas adtinet, inter caussas civiles & criminales hoc modo distinguitur. De civilibus judicant soli Ecclesiastici Judices: Nec huic privilegio concessum est Clericis renuntiare, *c. si diligenti 12. & c. significasti 18. ext. de foro competenti.* Quia forum hoc non tam ob singulos Clericos quam ob Ecclesiasticam dignitatem ac præeminentiam constitutum est; quapropter si ei privati Clerici renuntiarent, Superioribus suis gravem injuriã inferrent, ac per continuas ejusmodi renuntiationes tam insigne privilegium iis adimerent, aut saltem inane redderent: quod ferendum non est; etiamsi renuntiationes juratæ fuerint: cum jusjurandum non mutet naturam negocii cui adjicitur: & contra Canonicas Sanctiones præstitũ nullius sit momenti; præcipuè ubi præstitum est nõ tam super proprio quam alieno jure, uti hic. Hoc tamen de suo jure Ecclesiasticus ordo remisit, quod Clericus coram Laico Judice reconveniri possit: summâ æquitate & quasi necessitate hoc urgente: cum quia nemo eum Judicem contra se dedignari potest, quem ipse in agendo secutus est: tum ob parilem utriusque caussæ examinationem reique conventi exceptionem in mutuâ pe-

titione quasi fundatam, *arg. l. cum Papinianus 14. & auth. & consequenter. Cod. de sententiis & interlocut. l. qui non 22. D. de Iudiciis c. accusatores §. cujus in agendo 3. quæst. 8.* Ob crimen autem admissum Clericus ab Episcopo degradatur & post degradationem Curiæ seculari puniendus traditur. *c. novimus 37. ext. de verb. signif.* Præterea ceteræ omnes caussæ ad fidem vel religionem mediatè vel immediatè spectantes, adeoque spirituales & Ecclesiasticæ dictæ, sive Clericos sive Laicos quoscunque concernant, ad Episcopalem Curiam pertinent, cui ex eodem jure Canonico & Jurisdictio & Imperium competit, *c. novit ille. 13. ext. de Iudiciis. cap. 1. de majoritate & obedientia lib. sext.*

Sed ne hâc occasione Jurisdictiones & imperia confundi contingat, recepta est, (quantum ad prædictas caussas adtinet) ex communi interpretum sententiâ distinctio inter quæstiones juris & facti: ut scilicet illæ ad judicem Ecclesiasticum pertineant; hæ verò etiam ad laicum, admisso præventionis jure, *Barbosa, soluto matrimonio ad l. Titia 35. num. 38. Couvarruvias de matrimonio part 2. cap. 8. §. fin. num. 10. post eos Thomas Sanchez de matrimonio lib. 3. disput. 54. Bartolus in l. Titia 35. D. soluto matrimo. & in l. 2. D. de Iurisdict. omnium Iudic. num. 4. Iason. in l. quoties. Cod. de Iudiciis. Thesaurus decis. Pedemont. 117.* Nihil obstat *cap. tuam 3. ext. de ordine cognitionum.* Quia respondet Barbosa *ad d. l. Titia 35. num. 36. D. soluto matrimonio.* & qui eum sequitur Sanchez *d. lib. 3. quæst. 54. de matrimonio* minime dubium fuisse reginam Cypri ex personis quæ de facto matrimonium contraxerant, progenitam esse (alioquin secularis Judex fuisset competens) sed quæsitum fuisse utrum matrimonium illud fuisset legitimum. Nihil etiam adversatur *cap. si Iudex 12. de sent. excommunicat. lib. sext.* Quia cum Ecclesiasticus in caussa Clerici Judex sit compe-

competens, etiam talis censeri debere videtur cum ex evidentibus aliquibus signis præsumitur aliquis Clericus esse, ut cognoscat an revera Clericus sit vel non sit, idque vi argumentorum quibus in *d. cap. si Iudex* Bonifacius utitur. Nec omittendum quod proposito capitulo *si judex* aliquo modo derogatum sit per Concilium Tridentinum *sessione 23. tit. 6. de reformatione*, ut docet Barbosa *soluto matrim. ad l. Titia 35. num.*36. Quod ignorasse Fachinæum mirum est, *lib. 1. contr. cap.*44. Enimverò caussas hæresis præfatam distinctionem non admittere volunt; utpote quæ sive de jure sive facto quæratur ad solam Ecclesiasticam Jurisdictionem pertinent, *cap. ut inquisitionis 18. vers. prohibemus, de hæreticis lib. sext. in verbis, quocumque modo. Barbosa ad d. l. Titia 35 num. 37. D. soluto matrim. Bossius tractat. Criminal. tit. d. hæreticis num. 14.*

DUBITATIO XXIX.

An merum imperium delegari possit?

CONABOR probare jure civili merum imperium delegari non posse; jure autem canonico posse: nihilominus tamen utrumque jus, habito respectu rationum quibus unumquodq; innititur, æquissimum esse. Merum itaq; imperium jure civili delegari nequit: periculosum enim & libertati nimis contrarium visum est, potestatem animadvertendi in caput civis Romani Magistratui facilè competere, ab eo-ve alteri mandari posse, *l. 1. D. de officio ejus. l. solent 6. in prin. D. de offic. proconf. l. nemo 70. D. de reg. juris. Novell. 128. cap. 20.* Adeo ut nequidem delegatus Principis merum imperium sibi à Principe concessum alteri mandare possit: ipsius quippe industria electa est, *dictis legibus*. Et si proconsul aliusve supremus Magistratus, qui quod ad merum imperium adtinet, Principis

quaſi delegatus quoque eſt, illud alteri mandare nequeat. *d. l ſolent 6. in prin. D. de offic. Proconſulis*, quomodo poterit delegatus Principis? Nihil obſtat *l. unic. in fine Cod. Qui pro ſua Iuriſdict. &c.* Quia de mero imperio vel ullâ criminali Juriſdictione textus intelligendus non eſt: ait pedaneum Judicem alium pedaneum dare non poſſe; at eum qui à Principe datus eſt, poſſe, quia Juriſdictionem verius quam notionem habet; Appellationemque nullo perſonarum cauſſarum-ve (civilium nempe; utpote in quibus ſolis Judices dantur) diſcrimine habito ad eum remeare. Sic etiam intelligo *l. à judice 5. Cod. de Iudiciis.* Si dicas delegatum Principis in negocio ſibi commiſſo poſſe quod ipſe Princeps: Reſp. hoc intelligendum eſſe quatenus leges permittunt. Ut mittam Principem jure ſuo merum imperium exercere; delegatum alieno beneficio. Imò nequidem Juriſdictionem quam quis non ſuo jure habet mandari poſſe, *l. more 5. D. de Iuriſdict. l. & ſi Prætor 3. D. de officio ejus.* Ex quo apparet etiam falſum eſſe quod quidam ajunt: Ex delegatione meri imperii à Principe factâ ipſum jam delegabile effectum eſſe: Quia alioqui ſequeretur, mandatam Juriſdictionem alteri mandari poſſe; idque contra *l. & ſi Prætor 3. D. de offic. ejus &c. l. more 5. D. de Iuriſdictione.*

Poteſt tamen (lege ita permittente) merum Imperium mandare is qui ex juſtâ cauſſâ abeſſe cogitur, *l. 1. in prin. verſ. hujus rei fortiſſimum argumentum &c. D. de officio ejus &c.* Quod non ſolum obtinet cum de crimine violentiæ, ſed etiam alio quolibet agitur, *arg. d. l. 1. D. de officio ejus &c. l. 1. §. abolitio 8. D. ad SC. Turpillian.* Quæ leges generaliter conceptæ ſunt: Et de quibuſvis quoque criminibus Procurator Cæſaris cognoſcit, cui ob juſtam abſentiam Præſes Imperium ſuum mandavit: *l. procurator 2. Cod de pœnis. l. 3. Cod. ubi cauſſæ fiſcales. l. non valet 4. Cod. ad legem Fabiam de plagiariis. l. ex*

consensu 23. §. 1. *D. de Appellat.* Nihil in contrarium facit *d. l.* 1. *D. de officio ejus &c.* Quia lex Julia generaliter locuta est, nec ad violentiæ caussas exceptionem restrinxit: maximè cum in aliis eadem sit ratio.

Sed præter absentiæ caussam nulla alia excipitur: veluti adversæ valetudinis &c. *d. l.* 1. *D. de officio ejus &c.* in verbis: *non aliter itaque mandare poterit, quam si abesse cæperit.* In exercendo enim mero Imperio magis judicii quam corporis firmitas spectatur: quare imbecillitas ejus non excusat, *arg. l.* 2. §. *quem ita senio.* 7. *D. de vocat. & excusat. muner.* Ut mittam legem 1. *D. de officio ejus &c.* taxativè loqui; ideoque extensionem nequidem ex eâdem, quæ ipsam dictavit, ratione admittere. Præterea quod ex absentiæ caussâ merum imperium mandari possit, contra communes juris regulas est, & aliquo modo periculosum libertatique Romanæ invidum: ideoque nequidem ex paritate rationis extendendum, *arg. l. quod vero* 14. *D. de legibus. l. quod contra* 141. *D. de Reg. juris.* Si dicas interesse Reipublicæ merum Imperium non impediri, animadversionesque in facinorosos non differri: Resp. Primò tam adversam valetudinem non diu durare; in mora autem modici temporis magnum præjudicium non esse: nec unquam nimis longam cunctationem esse, ubi de vitâ & sanguine hominis agitur. Secundò, quod si adversam valetudinem diu durare contingat, principem adeundum esse; ut ipse aliquem deleget, *arg. l. si longius* 18. *in prin. D. de judiciis.* Nihil obstat *l. licet* 15. *D. de receptis qui arbitrium, l.* 20. *cum ll. seqq. D. de procuratoribus. l. unic.* §. 1. *D. de officio Consulis, l. quæsitum* 60. *D. de re judicata, cum similibus.* Quia in aliis casibus & quidem à mero Imperio prorsus alienis loquuntur. Nihil quoque adversatur *l.* 2. *Cod. de pedaneis Judicibus.* Quia de datione Judicis, & ita caussis civilibus, non

autem delegatione, multo minus mero imperio agit.

Porrò cum ex caussâ justæ absentiæ merum imperium mandatur, ipsum merum imperium transit: transit enim potestas animadvertendi in facinorosos homines *l. imperium 3. D. de Jurisdictione*. Et cum regula sit merum imperium mandari non posse; ab eâ autem excipiatur justæ absentiæ caussa, sequitur ex hac merum ipsum imperium transire; cum exceptio de regula esse debeat. Nihil obstat *l. 1. C. de officio ejus &c.* Quia publici judicii exercitio ipsum merum imperium denotat, ut ex toto contextu patet. Nihil etiam adversatur *l. solent 6. in prin. D. de officio Proconsulis*. Quia ibi solam cognitionem custodiarum, & ita auditionem absque pronuntiandi, multo minus exequendi facultate, non autem merum imperium Proconsul legato suo mandat: aitque Ulpianus hoc genus mandati extraordinarium esse, & quidem diversum ab eo quo propter justam absentiam merum imperium mandatur. Nihil etiam in contrarium militat *Novell. 128. cap. 20. in fine.* Quia Provinciæ administrator, priusquam eam ingressus est, absens à Provinciâ habetur, ideoque vicarios, qui omnia usque ad sui præsentiam acturi merumque imperium exercituri sunt, constituere potest; singulare autem hoc casu est, quod ultimum supplicium membrive abscissionem usque ad adventum delegantis differre debeant; in quo ab eo, cui ob absentiam ejus qui provinciam ingressus fuit, merum imperium mandatum est, differunt: ille enim quamvis pœnam irrogare potest, *arg. d. l. 1. D. de officio ejus &c.* Cui expositioni non adversantur ultima verba *d. cap. 20.* Quia in delegatione solâ; non autem delegati potestate similitudinem constituunt. Verum quidem est quod is cui merum imperium ex caussâ justæ absentiæ mandatum est, illud jure suo & proprio non habeat; sed tamen ex eo non sequitur quod ipsum merum

merum imperium non habeat; cum diversa sint aliquid habere vel non habere, ab eo quod est proprio jure vel alieno beneficio habere. Si dicas eum cui mandata est Jurisdictio Judicem quidem dare, non autem Jurisdictionem suam delegare posse, *l. 5. D. de Iurisdict. l. 3. D. de officio ejus &c.* Resp. mandatam Jurisdictionem mandari non posse; ideoque mirum non esse, eum cui mandata est, Judicis dandi licentiam tantum habere: merum autem Imperium ex caussâ justæ absentiæ mandari posse; ideoque ipsum transire.

Enimverò licet non jure civili; jure tamen Canonico receptisque moribus merum imperium delegari potest, *cap. in Archiepiscopatu 4. ext. de raptoribus.* Si dicas Archiepiscopo à Rege Siciliæ merum Imperium concessum fuisse. Resp. Regem Siciliæ juxta canonum decreta Summi Pontificis vasallum esse, *Clementina pastoralis. de re judicata.* & ideo non suo sed alieno beneficio merum imperium exercere, *arg. lib. 2. feudor. tit. 23. in fine. In quibus caussis feudum amittitur.* Accedunt *cap. licet 2. de officio vicarii lib. sext. cap. ult. Ne Clerici vel Monachi. eod. lib. sext. Clementina 1. § 1.. de hæreticis.* qui textus sine calumniâ eludi non possunt: sicuti enim interest hæresin puniri, ita blasphemiam aliave crimina omnia. Et quamvis sine hâc illâve caussâ merum imperium jure Canonico non delegari dicatur: satis tamen est quod extra absentiæ caussam toties delegetur quoties aliqua caussa subest: quod quidem moribus nostris conveniens, sed à jure Romano alienum est. Quippe exactis Regibus populus Romanus Magistratibus, quos constituit, modicam tantùm correctionem unà cum Jurisdictione concessit; merum autem Imperium libertatis suæ muniendæ caussâ sibi reservavit, *l. 2. §. exactis 16. cum §. & quia 23. D. de origine juris. Plinius lib. 7. & lib. 10.* Idcirco cum Marcus Tullius Consul in Catilinæ conjuratos ultimo

supplicio

ſupplicio animadvertiſſet (quod per legem Conſuli non licebat) aquæ & ignis interdictione punitus eſt. Enimverò cum merum Imperium ipſe populus raro exequebatur, ideo illud ei vel eis quorum induſtriam & fidem perſpectam habebat, ſpecialiter delegabat, qui illud non jure Magiſtratus, ſed ex peculiari permiſſione exercebant; quapropter illud alteri mandare non poterant, niſi propter juſtam abſentiam, lege ipſâ hunc caſum expreſſè (quemadmodum fieri debebat) excipiente, *l. 1. D. de officio ejus &c.* Sed cum ſub Cæſaribus minor ratio libertatis populi Romani haberi cœpiſſet, tandem declinante imperio invaluit, ut poteſtas animadvertendi in facinoroſos jure Magiſtratus acciperetur, niſi ſpecialiter vel reſervata vel limitata eſſet: ita ut rectè jure Canonico receptiſque moribus noſtris ex quâlibet juſtâ cauſſâ aliis mandari poſſit; quaſi ceſſante veteri ratione.

DUBITATIO XXX.

Num actionis nomen in libello exprimi debeat: & an hac in re jus Canonicum à Civili diſſentiat?

PErperam quamplurimi jus civile carpunt nimiæque ſolemnitatis accuſant, cum ſibi perſuaſum habent actionis nomen præciſè eo exprimi & libello conventionis inſeri debere. Enimvero, quum alia actio nominata, alia innominata ſit, *arg. l. Iuriſgentium 7. §. 1. D. de Pactis l. 1. 2. 3. D. de præſcriptis verbis.* hujus nomen in libello ideò exprimi neque debet neque poteſt, quod nullum nomen habeat. ſufficiatque negocium prout geſtum eſt deſcribi, *d. l.* 1. 2. *&* 3. *D. de Præſcriptis verbis.* Illius verò nomen, licet poſſit, non tamen neceſſariò jure civili exprimendum eſt, quum eo ſatis ſit, quod ex cauſſâ petendi medioque concludendi intentatæ actionis

qualitas

colligi atque demonstrari possit, *arg. l. 1. D. & l. edita 3. Cod. de edendo.* Nihil enim in jure interest, si res aliqua aliter quam per nomen demonstretur, *l. certum est 6. D. de rebus creditis. l. nominatim 34. D. de condit. & demonstrat. l. nominatim 90. D. de legat. 3. l. si in rem 6. in fine. D. de rei vindicat. §. si quidem 29. Instit. de legatis.* Cum non verbis sed rebus leges positæ sint, *l. 2. in fine Cod. Communia de legatis.* nec intentio verbis, sed verba intentioni inservire debeant, *l. in his 15. D. de verbor. signif.* Neque minus ex narratione negotii quam expressione nominis reus deliberare possit an contendere velit. *d. l. 1. D. de edendo.* Præcipuè cum nihil referat, quid fiat ex æquipollentibus, *l. mulier 22. in prin. D. ad SC. Trebellian. l. Gallus 29. §. & quid si tantùm 5. D. de liberis & posthumis.* Cum æquipollentium eadem disciplina idemque judicium sit, *c. tua. 7. cum ibi notat. ext. de consanguinitat. & affinitat. Nicol. Everhar. in Topic. Loco ab æquipollentibus num. 1. & 2.* Accedit fortissimum argumentum ex *l. ult. Cod. de annali exceptione.* Quinimo antiquis Romanorum moribus Actionis conceptio uno versu exprimi solebat: veluti cum in personam agebatur. *Aio te mihi dare aut facere oportere,* cum in rem: *fundum qui est in agro Sabino &c. meum esse aio.* Ut videre est apud Ciceronem *pro Murena: In Verriisn & passim.*

Objicies *l. 1. in prin. D. l. edita 3. in verb. edita actio speciem futuræ litis &c. Cod. de edendo. l. non videtur 33. ibi: qui edi sibi genus desiderat actionis. D. de Iudiciis. l. omnes 33. §. ult. ibi proposita actione. Cod. de Episcopis & Clericis. l. adversus 3. Cod. de except. seu præscript. l. ult. ibi: inter ipsa cognitionum auspicia actionem exprimere. Cod. de interdictis.* Resp. quod actio satis clare sufficienterque edatur, proponatur, exprimatur, cum negotium ipsum prout gestum est describitur. Neque inferre potes si

ipſum actionis nomen præciſè exprimi non debeat, fruſtra actionum nomina excogitata & inventa eſſe: quod dici non debet, *arg. l. poſtliminii 5. §. ult. in fine, D. de captivis & poſtlim. reverſ.* Quia actionum nomina inventa ſunt, ut uno (ut ita dicam) verbo negocium proponi poſſet, nec longa narratione opus eſſet. Ceterum tamen non ideò rejiciendus eſt libellus, ſi quis actionem ipſam deſcribere potius quam nomen ejus exprimere velit. Ita etiã reſpondeo *ad l. 1. l. 2. l. 3. D. de præſcriptis verbis.* quia compendioſius quidem nomen actionis exprimimus, quod nobis licet ubi actio nomen certum habet: non tamen propterea vicioſè agimus, ſi omiſſo nomine ipſam actionem alio modo explicemus. Nihil obſtat quod ex uno negocio ſæpe plures actiones oriantur, *l. pen. D. arbor. furtim Cæſar. l. ſi immaturam 18. D. quod vi aut clam. l. rei communis 45. D. pro ſocio.* Ideoque neceſſe eo caſu omnino ſit, nomen actionis qua quis uti velit exprimere. Quia abunde de actione, quam præ cæteris eligit, conſtat ex cauſſâ petendi concludendique medio: ita ut nomen ipſum neceſſariò non requiratur.

Neque poteſt ex noſtrâ ſententiâ inferri ocioſè veteres dubitaſſe & diſputaſſe de actione, quæ ex hac illâ-ve ſpecie competat, *l. 1. in prin. D. de æſtimatoria. l. qui ſervandarum. 14. in prin. D. de lege Commiſſoria.* Quia non tam de nomine, quam ipſâ actione, quæ ſemper ex cauſſa petendi & medio concludendi colligi poteſt, ipſis difficultas fuit. Quapropter rectè infero jus civile cum jure Canonico, quod ad propoſitam quæſtionem adtinet, mutuo quaſi ſocietatis vinculo cohærere, *cap. dilecti ext. de judiciis in verbis: ſed ſimpliciter & purè factum ipſum & rei veritatem inveſtigare curetis. Gloſſ. in Novell. 53. cap. illud quoque 3. in verb. libellum. And. Gail. lib. 1. obſ. 61. num. 9. Vaconius à Vacuna lib. 6. declarat. 88.*

DU-

DUBITATIO XXXI.

An pactum serio & deliberato animo initum jure Romano obligationem & actionem producat: quemadmodum eam producit receptis moribus?

PActum serio & deliberato animo initum jure Romano obligationem & actionem producit: quemadmodum eam receptis moribus gignere certum est. Quia, etiam jure Romano nihil tam congruũ humanæ fidei, quam ea quæ placuerunt servare, *l. 1. D. de pactis.* Et grave fidem fallere, *l. 1. D. de constituta pecunia.* At quæ placuerunt, servare necesse non esset, si obligationẽ non producerent, *arg. prin. Instit. de obligationibus.*

Idem evincit ordo secundum quem titulus *de Pactis* tam in Digestis quam Codice positus est. Quippe frustra post in jus vocationem *de in jus vocando lib. 2. D. tit. 4. & Cod. lib. 2. tit. 2.* & cautionem Judicio sistendi caussâ factam, *In jus vocati ut eant &c. lib. 2. D. tit. 6. Qui satisdare cogantur &c. lib. 2. D. tit. 8. cum seqq.* editamque actionem, *de edendo lib. 2. D. tit. 13. & Cod. l. 2. tit. 1.* de pactis tractaretur, si priusquam litiscontestatio fiat, aut Advocati postulare incipiant (de quibus tam in Digestis quam Codice post titulum de Pactis agitur) partes mutuâ conventione controversias suas componere, atque tali modo ancipitem molestamque litigandi fortunam evitare non possent; non possent autem, si pacta serio & deliberato animo inter Controvertentes celebrata obligationem non producerent. Ne dicas hanc obligationem naturalem duntaxat esse: Quia hic titulorum ordo à Jure civili ob effectum civilem, quem jam proposui, institutus est.

Quod si titulus De pactis non nisi de conventionibus liberatoriis, ex quibus nulla actio sed exceptio tantùm nascitur,

 intelli-

intelligendus foret: Malè tam generaliter conceptus foret, cum uni folummodo pactorum speciei, & quidem imbecilliori, inserviret: malè etiam eo quo reperitur loco positus esset; nisi fortè hoc factum dicas propter exceptionem, quæ ex pacto de non petendo nascitur. At si hæc Compilatorum intentio fuisset, exceptionem, quæ ex pacto de non petendo nascitur, post singulas obligationes & actiones expositas ad tractatum exceptionum rejecissent; uti videmus in Institutionibus factum, §. *præterea* 3. *Instit. de exceptionibus. prin. Instit. de replicat.* & de ea quoque tractari *in l. præterea* 3. *D. de Exceptionibus.*

Quod autem compilatores sub dicto titulo de Conventionibus & pactis in genere; adeoque de obligatoriis quoque, & quidem præcipuè de obligatoriis agere voluerint, ex dispositione legum, quæ titulo illi subjectæ sunt, colligi potest: Lex enim prima *in prin.* rationem edicto Prætoris atque ita omnibus & singulis pactis serio & deliberato animo initis accommodatam continet. Paragraphus tertius conventionis significationem tam latè patere docet quam pacti; atque ideò de omnibus negociis quæ contrahendi transigendique caussa ineuntur prædicari, sive negocia illa re contrahantur, veluti pignus, *d. l.* 1. §. 3. *in fine, &* §. 4. commodatum, depositum, *l. jurisgentium* 7. §. 1. sive verbis, ut stipulatio *d. l.* 1. §. 3. *in fine &* §. 4. *l. item quia* 4. § *hujus* 2. *&* 3. sive consensu, ut emptio venditio, *d. l.* 1. §. 3. *&* 4. Locatio conductio, *l. jurisgentium* 7. §. 1. Quinimo sive nominata sint negotia sive innominata, ut contractus do ut des, do ut facias &c. *d. l.* 1. §. 4. *l. jurisgentium* 7. §. *sed & si in alium* 2. Privata an publica, veluti fœdera, induciæ, *l. conventionum* 5. §. *publica. D. eod.* Quibus accedunt plurima pacta obligatoria subjecta Prætoris edicto, quod est in *d. l. Iurisgentium* 7. §. *ait prætor* 7. *D. de pactis*, veluti pactum

ctum de quo agitur in *l. præscriptum 10. §. ult. cum ll. seqq.* Uti etiam de quo in *l. fidejussor 24. cum l. seq. in prin. D. de eod. arg. l. de die. 8. §. 1. D. qui satisdare cogantur.* Pactum de petendo postquam de non petendo convenit, *l. si unus 27. §. 2. in prin. D. de pactis.* Pactum de quo *in l. epistola 52. §. 1. & 2. D. de Pactis & aliis multis locis.*

Fortius hoc ipsum evincit Prætoris edictum quod habetur *in l. Iurisgentium 7. §. ait Prætor. 7. D. de Pactis.* Quod ita se habet. *Pacta conventa quæ neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta Principum: neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.* Quod autem hoc edicto non solùm exceptio sed etiam actio ex omni pacto quod serio & deliberato animo initum est, competat, patet cum primis ex eo quod edictum generale sit, ac in naturali æquitate fundatum, *l. 1. in prin. D. de pactis. l. 1. D. de constituta pecunia.* Neque de obligatione & actione ex pactis serio & deliberato animo initis decernendâ intellectum aliquid absurdi contineat: ideo generaliter accipiendum, *arg l. de precio 8. D. de Publiciana in rem actione. l. in fraudem 15. §. ult. D. de testamento militis. l. 1. §. generaliter 1. D. de legatis præstandis. l. 1. §. quod autem 3. D. de Aleatoribus.* Secundò, cum quæreretur an pactum, quo quis pollicitus erat se non usurum fori præscriptione, obligatorium esset, respondit Iustinianus obligatorium esse, *l. pen. Cod. de Pactis. l. si quis 51. Cod. de Episcopis & Clericis.* utiturque auctoritate hujus prætorii edicti, quippe ita *in d. l. pen. Cod. de pactis* ait: *Si enim & ipso Prætoris edicto pacta conventa, quæ neque contra leges neque dolo malo inita sunt, omnimodo observanda sunt: quare & in hac caussa pacta non valeant.* Quapropter cum in *d. l. pen.* de obligatorio pacto agatur, atque ad illud transferatur Prætoris edictum quod est in *l. Iurisgentium 7. §. ait Prætor 7. D. de pactis,* consequens

est hoc quoque de pacto obligatorio loqui: præcipuè cum hæc edicti translatio atque applicatio ab Imperatore fiat, cujus ficuti est legem condere, ita etiam omne jus dubium interpretari, *l. 9. l. ult. Cod de legibus.* Tertiò illa verba Prætoris, *pacta conventa servabo*, alium sensum recipere nequeunt, quam quod Prætor effecturus sit, ut quod inter contrahentes convenit servetur; ac uti quid placuit, ita etiam ad effectum perducatur. Quod sanè Prætor non edixisset, si credidisset ex pacto quod serio & deliberato animo initum est, obligationem talem non nasci ex qua ipse actionem decernere posset, atque ita curare, ut ea serventur, de quibus inter contrahentes convenit. Quartò, quotiescunque Prætor conventionem aliudve negocium se servaturum pollicetur, non solùm exceptionem, sed etiam actionem tribuit, *l. epistola 52. §. pactum 2. D. de Pactis. l. inter coheredes 44. §. 1. D. familiæ erciscundæ. l. si ab eo 18. D. de pignoribus. l. si quis 29. D. de usu & usufructu legato. l. 1. in prin. D. de constituta pecunia.* Quod etiam expressum est *in l. debitori tuo 7. Cod. de pactis.* Ubi cum Antoninus Imp. dixisset, *pacti conventionisque fides servanda est*, statim subjicit, *quasi non servetur, ex stipulatu, si modo subjecta est, dabitur actio: vel præscriptis verbis si stipulatio non intervenit.* Atque hic etiam est sensus legis *pactum quod 17. Cod. de pactis.* Quintò, quis dicet pacta quæ contra bonos mores inita sunt à Prætore servari? contra *l. pacta 6. Cod. de Pactis.* Et tamen si datum sit quod ob turpem caussam promissum est, ei qui accepit adversus repetentem competit exceptio; si modò utriusque vel saltem dantis turpitudo versetur, *l. ubi autem 3. cum l. seq. D. de condictione ob turpem vel injustam caussam.* Itaque cum Prætor se honesta & licita pacta servaturum ait, non de exceptione tantùm, atque ita remedio turpibus pactis aliquomodò communi, sed etiam actione intelligendus est.

Ne

Ne dicas Prætorem pacta tueri datâ exceptione tantùm: sic enim non tam pacta & fidem datam Prætor tueretur, quam retentionem ejus quod, quum dari præstarive convenerat, datum vel præstitum est.

Porrò pactum quod serio & deliberato animo initum est, jure divino efficacem obligationem parit: ita enim Salomon: *Fili mi, si quid spopondisti alteri, defixisti externo volas tuas: illaqueatus es verbis oris tui: captus es enuntiationibus oris tui. Proverb. cap. 5. vers. 1.* Quinimo Deus ipse, qui nullâ lege constitutâ obigari potest, contra naturam suam facturus dicitur, nisi promissa præstaret, *Neh. cap. 9. vers. 8. Hebr. cap. 6. vers. 18. & cap. 10. vers. 23. Epist. 1. ad Cor. cap. 1. vers. 19. & cap. 10. vers. 13. Epist. 1. ad Thess. cap. 5. vers. 24. Epist. 2. ad Thess. cap. 3. vers. 3. Epist. 2. ad Tim. cap. 2. vers. 13.* Quippe pacta servare & promissionem adimplere ex naturâ immutabilis Justitiæ provenit, quæ Deo & hominibus suo modo communis est. Hæc doctrina cum in Ecclesiâ Dei continuò & indesinenter servata fuerit, verisimile non est sacratissimos Principes, Constantinum aliosque Christianos, contra eam quidquam statuisse; & si ab aliis statutum fuisset, incorrectum reliquisse, præcipuè Justinianum Principem religiosissimum. Verisimile inquam non est, Sanctos Patres & maximè summos Pontifices qui in medio orbe Romano vivebant, hanc insignem divini Juris violationem non sensisse, sed è contrario adiuvasse, simpliciter tantùm scriptis ac jure suo complectentes quod jam ante Prætor edixerat, *d. l. jurisgentium 7. §. 7. de pactis juncta l. 1. in prin. D. eod.* ipsique Principes Romani Constitutionibus suis ordinaverant, *arg. l. 17. Cod. de pactis. l. 35. §. ult. Cod. de donationibus.*

Prætereà fidem datam ac pacta honesta quæ serio & deliberato animo inita sunt, servare juris gentium est, *arg. l. 1. in prin.*

prin. D. de Pactis, l. 1. D. de constituta pecunia. l. non minorem 20. *Cod. de Transactionibus.* Quod autem juris gentium est, id ex communi rationis usu apud omnes populos peræque observatur, §. 2. *Instit. de jure nat. gent. & civil.* Ergo & apud populum Romanum. Scio quod jus civile, uti non in totum à naturali vel gentium recedit, ita nec per omnia ei serviat, sed cum aliquid additur vel detrahitur juri communi, jus proprium, id est, civile fiat, *l. jus civile 6. in prin. D. de justitia & jure:* Sed jure civili Romanorum pactis honestis, quæ serio & deliberato animo inita sunt, vim obligandi, quam ex jure divino & gentium habent, detractam esse, neque lege, neque ratione, neque ullo exemplo ex tam copiosâ Romanarum rerum historiâ probari potest: sed omninò contrarium: jus nempe divinum atque gentium hac in parte illibatum ac integrum mansisse.

Denique cum in *cap. 1. ext. de pactis* cautum esset, ut *inita pacta suam obtineant firmitatem.* & post pauca: *Vt pax servetur pacta custodiantur.* Et in *cap. 3. ext. eod.* quod *studiosè agendum est, ut ea, quæ promittuntur, opere compleantur.* docuêre, maximè ex duobus illis locis, nobiliores juris Canonici Interpretes ex pactis serio & deliberato animo initis obligationem nasci, *Glossa & Panorm. ad d. cap. 1. ext. de Pactis.* Et communis est opinio *Teste Emanuele Soarez recept. sentent. lit. P. n.* 1. *Vivio lib.* 1. *Commun. opin. n.* 234. *Gregor. Tholos. syntagm. juris universi lib.* 21. *cap.* 3. *n.* 7. *Costal. ad l.* 7. *D. de Pactis num.* 14. *Wesenb. in parat. de pactis num.* 10. (quamvis in eo errarint quod hæc pacta nuda appellaverint) At cum tantundem jure civili expressum sit, *l. Iurisgentium* 7. §. 7. *D. l. pactum* 17. *Cod. de pactis. l. si quis argentum* 35. §. *ult. Cod. de Donationibus.* Cur non idem Juris Civilis Interpretes de jure Civili statuent? non solùm ne differentia inter utrumque jus temerè inducatur,

con-

contra *cap.1.ext.de operis novi nuntiatione.* ſed etiam ne jus Romanum tam manifeſtè à divino & gentium diſcrepare videatur.

Accedit quod quotieſcumque indubitata æquitas actionem dari poſtulat, jure Romano detur, *arg. l. pupillus 5. in prin. D. de auctorit. tutor. l. placuit 8. Cod. de Iudiciis,* Cujus etiam æquitatis reſpectu obligatio quædam naturalis dicitur, in *l. naturalis 10. D. de obligat. & action. l. Stichum 95. §. naturalis 4. D. de ſolutionibus.* Atqui ex pactis ſerio & deliberato animo initis actionem decernere, quin æquiſſimum ſit, nullus inficiari rectè poteſt.

Adhæc, ſi quis jure Romano ſimpliciter dixerit: *Quod Mævius tibi debet, ego tibi ſolvam,* is efficaciter obligatur conveniturque actione quæ vocatur de conſtituta pecunia, *§. de conſtituta 9. Inſtit. de Actionibus. l. 1. per tot. & tot. tit. D. de conſtituta pecunia.* Cujus ratio redditur, *in l. 1. in prin. D. eod.* in verbis: *Hoc edicto Prætor favet naturali æquitati: qui conſtituta ex conſenſu facta cuſtodit: quoniam grave eſt fidem fallere.* At illam ipſam rationem reddit Prætor, cur pacta ſervare velit: ita enim *in l. 1. in prin. D. de pactis* dicit: *Hujus edicti æquitas naturalis eſt. quid enim tam congruum fidei humanæ quam ea quæ inter eos placuerunt ſervare.* Ergo uti ex conſtituto, ita etiam ex pacto quod ſerio & deliberato animo initum eſt, obligatio & actio naſcentur: Nam ubi eadem ratio eſt, eadem quoque juris diſpoſitio eſſe debet, *l. illud 32. D. ad legem Aquiliam, l. lex 4. D. de fundo dotali. l. ſi quis 7. §. 2. D. de Iuriſdictione. l. 2. §. quid ſi 29. D. ad SC. Tertyll. l. oratio 16 D. de ſponſalibus.* Denique ſi quis literis pactus ſit, quamvis eas ſtipulatio non ſit ſecuta, attamen ex iis conveniri poteſt, *l. ult. in prin. D. Mand ti. l. non figura 38. l. ult. §. 1. D. de obligat. & action.* Unde in bonæ fidei judiciis uſuræ ex promiſſione per

 epi-

epiſtolam factâ debentur, *l. qui negocia 34. in fine prin. D. mandati.* Quemadmodum & pignoris conſtitutio ſuſtinetur; licet epiſtola ſine die & Conſule fuerit, *l. cum tabernam 34. §. 1. D. de pignoribus & hypoth:* Porrò ſcribentem epiſtola obligat: ac contra eum, non tamen pro eo, probat, *l. Publia 26. §. ult. D. depoſiti. l. 52. in prin. D. de pactis. l. 13. Cod. de probationibus.* Ecquid epiſtola à voce differt; cum utræque ſigna æque immediata eorum ſint quæ in animo ſunt? Imo quod literæ eam obligandi vim habeant, ex eo Paulus probat, quod eam voces linguâ figuratæ habent, *l. non figura 38. D. de obligat. & action.* Si objicias *l. juriſgentium 7. §. quod fere 12. D. de pactis.* Reſp. ibi de pactione nudâ non agi; ſed illa quam ex conceptione & tenore inſtrumenti conſtabat ſerio & deliberato animo initam eſſe, quamvis (eo caſu quo id probari poterat) ſtipulatio non fuerit. Nam alioquin ſequeretur omnem pactionem, quæ non eſſet ſtipulatio, nudam eſſe, quod falſum eſt.

Addo quod cum pacto convenerat ut à lite recederetur, Imperatores *in l. non minorem 20. Cod. de Tranſactionibus*, dicant illud non minorem vim quam rem judicatam habere, additâ hac ratione: *Siquidem nihil ita fidei congruit humanæ, quam ea quæ placuerant cuſtodiri. Nec enim ad reſcindendum pactum ſufficit, quod hoc ſecunda hora noctis interceſſiſſe proponas: cum nullum tempus ſanæ mentis majoris vigintiquinque annis conſenſum repudiet.* Sufficiebat ergò pactum ſerio & deliberato animo initum eſſe, ac de conſenſu paciſcentium conſtare, ut obligationem pareret: *Siquidem nihil ita fidei congruit humanæ, &c.* Atqui hæc ratio in omnibus aliis pactis honeſtis, quæ certo conſilio inita ſunt, militat.

Poſtquam etiam Conſtitutione Leonina ſolennitas verborum, quibus olim ſtipulatio concipiebatur, ſublata eſſet, ſenſum

ſum & conſonantem intellectum ab utraque parte ſolùm deſideravit Juſtinianus: quaſi certus ille & deliberatus ab utrâque parte animus ad inducendam jure Romano obligationem ſufficeret, *§. in hac re 1. in fine Inſtit. de verbor. obligat.* Quo etiam juſtam transferendi dominii cauſam continet: *nihil enim tam conveniens eſt naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem ſuam in alium transferre ratam haberi, §. per traditionem 40. Inſtit. de rerum diviſione.*

Porro, ſi quis ſimpliciter & nullâ interrogatione præcedente dixerit: *Dono tibi dimidiam partem bonorum meorum.* vel: *polliceor*, aut *promitto tibi fundum Tuſculanum*, efficaciter obligatur & ad tradendum conveniri poteſt, *l. ſi quis argentum 35. §. ult. Cod. de donationibus. §. 2. Inſtit. eod.* Ratio redditur talis: *Cum enim in arbitrio cujuſcunque ſit hoc facere quod inſtituit: oportet eum vel minime ad hoc proſilire, vel cum ad hoc venire properaverit, non quibuſdam excogitatis artibus ſuum propoſitum defraudare, tantamque indevotionem quibuſdam quaſi legitimis velamentis protegere.* Atqui hæc ratio in omni pacto quod ſerio & deliberato animo initum eſt, locum etiam ſibi vindicat: unde idem quoque in eodem operari debet.

Accedit *l. nuda pollicitatione 5. Cod. de contrahenda & committ. ſtipulat.* quæ inter pactum ſerio & deliberato animo initum & non initum diſtinguit: ex hoc nullam, ſed ex illo efficacem actionem tribuit. Ex pacto enim inſtituta erat actio priuſquam conditio obligationis per ſtipulationem contractæ exiſtebat: quapropter & ea ſumma quæ ſtipulatione comprehenſa erat jam quoque peti poterat: idque in verbis: *hujuſmodi etiam obligationis poſt motam litem extitiſſe conditionem, & ejus ſummæ quæ in hac quoque ſtipulatione continetur, petitioni locum factum eſſe convenit.* Idem quoque indicarunt præcedentia verba: *non ſemper jura permittunt.*

Huc omninò facit Leonis Constitutio 72 quæ inter pactum quod leges nudum vocant: & pactum, de quo constat quod certo consilio & deliberato animo initum est, distinguit: ut illud nullam obligationem & actionem producat; hoc autem producat: Et quidem de certo consilio & deliberato animo constare dicit: *Si scripto comprehensum sit pactum: si qui pactum inierunt sua manu sacrosanctæ Crucis nota scriptum signarint: si Divini Ternionis appellationes adjectæ sint.* Porrò in *l. sicut initio 5. Cod. de obligat. & action.* duntaxat quæritur, an obligatio voluntaria fuerit, id est, serio & deliberato animo inita, ut servari debeat, nec ab eâ recedere liceat.

Denique jure Romano efficaciter quis Reipublicæ ex pollicitatione, quæ offerentis solius promissum est, obligatur, *l. 1. in prin. l. pactum 3. in prin. §. 1. l. propter 4. l. toties 6. §. 2. D. de pollicitationibus.* Uti etiam paterfamilias sui juris, contemplatione Religionis, ex voto, *l. si quis 2. in prin. §. 1. & 2. D. eod.* Si modo utraque promissio deliberato animo fiat: quod ex caussâ colligendum est, *d. l. 1. §. 1. §. denique 5. D. de pollicitationibus.*

Tandem quoties conventio habet caussam, quamvis speciali nomine careat, obligationem tamen & actionem producit, *l. jurisgentium 7. §. sed etsi 2. D. de pactis.* At pactum honestum, quod serio & deliberato animo initum est, caussam habet: uti ex certo consilio ac deliberato paciscentium animo constat, *arg. l. 1. D. de constituta pecunia, l. 1. D. de pactis l. 20. Cod. de Transactionibus. §. per traditionem 40. Instit. de rerum divis. l. 35. §. ult. Cod. de donationibus l. in re mandata 21. Cod. mandati:* Caussam enim aliter, quam communes Interpretes putant, accipiendam esse, mox demonstrabo.

Illud ipsum quoque Auctor ad Herennium *lib. 2.* animadvertit cum inquit, *Ex pacto jus est, si quid inter se pepigerunt; si quid*

quid inter quos convenit. Pacta sunt, quæ legibus observanda sunt: Rem ubi pagunt, oratione pagunt. & post pauca, *Sunt item pacta, quæ sine legibus observantur ex conventis quæ juri præstare dicuntur.* Id est, de quibus propter genuinam omnibusque perspectam obligationis producendæ vim necesse non est ullas leges ferre. Quod idem tradit Cicero *lib. 2. de inventione,* cum ait, *Pactum est, quod inter aliquos convenit, quod jam ita justum putatur, ut juri præstare dicatur.* Quomodo ipsi Decemviri per pactum omnem idoneam & efficacem conventionem etiam intellexêre: *Si membrum rupit, ni cum eo pacit talio esto.* & iterum, *ni cum eo pacit, sexaginta dies in vinculis retineto, &c.* Quasi dicant, ni aliquomodo cum adversario pactus sit, convenerit, aut stipulatus fuerit. Ita quoque Æschines: *Omnes fatemur nos pactiones inter nos ex diffidentia facere; ut qui eas servarit, judicio pœnas de eo sumat, qui fidem fregerit. Orat. in Timarchum.* Et Simplicius *ad cap. 74. Epict.* in verbis, *Si utilium rerum pactionibus non stare, indecorum & nefas habetur, quasi veritate ac fide (quibus omnia transiguntur rataque permanent) quantum quidem in nobis est abrogatâ: an non multo magis erit impium &c.* Nec non Heliodorus *lib. Æthiopicor. 1.* cum ait, *Quid tam novum aut magis contra fas fieri possit, quam cum jusjurandum ac pacta violantur.*

Objicies quod nullæ aliæ Juris gentium conventiones, licet serio & deliberato animo initæ, obligationem & actionem producant, nisi quæ à jure civili electæ & approbatæ sunt. Resp. I. Omnes juris gentium conventiones honestas, quæ serio ac deliberato animo initæ sunt, à jure civili electas & approbatas esse: uti ex antedictis constat. II. Non eas duntaxat obligationem & actionem parere, quas jus civile eligit vel approbavit; sed omnes omninò, quarum vi ac potestati, quam ex jure gentium habent, Legumlatores ob justissimam ali-

quam caussam nihil detraxerunt, *arg. l. jus civile 6. in prin. D. de Iustitia & jure.* Et hæc est sententia legis *bona fides 31. in prin. D. depositi.* Cum enim jus gentium divinâ quadam providentiâ constitutum semper firmum atque immutabile permaneat, *§. pen. Instit. de jure nat. gent. & civil.* nec ullus sit qui iis omnibus quæ præcipit suapte sponte non assentiatur, *arg. §. 1. & 2. Instit. de jure nat. gent. & civil.* tamdiu ei adhærendum est, quamdiu peculiaris, justa & sufficiens aliqua ratio Legislatorem movere non potest iis, quæ jubet, aliquid addendi vel detrahendi, *d. l. jus civile 6. D. de justitia & jure.* Atque illud est quod ait Paulus *in l. 10. D. de obligat. & action.* in verbis: *Naturales obligationes non eo solo æstimantur, si actio aliqua eorum nomine competit: verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non poßit.* Nec non *in l. cum amplius 84. §. 2. D. de reg. juris.* cum inquit: *is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.* Et recte: jus enim gentium hac in re civili præstat: Auctor ad Herennium *lib. 2.* & Cicero de inventione *lib. 2.* nihil enim occurrere potest propter quod facultati obligationis & actionis producendæ quam pactum ex naturali æquitate habet, quidquam detrahatur. idque & actio indicat quæ in *l. 10. D. de verb. obligat.* decernitur: nec non verbum *oportet* in *d. l. 84. §. 2. D. de reg. juris.* quod necessitatem exprimit. Scio quidem quod dicat Paulus, *quem jure gentium dare oportet:* At etiam scio quod jure gentium magistratus creati, judicia instituta & actiones proditæ sint: quamvis harum accidentariæ formæ alicubi juris civilis esse dicantur.

Si dicas rationem illam in favore imminuendarum litium fundatam esse: vel potius quia honestius & ad excitandum virtutis studium conducibilius quædam relinquere hominum inter se spontaneæ fidei & probitati, quam omnia legum vinculis

culis & obligationum necessitate adstringere. Resp. eas rationes nullibi in libris nostris pro tam turpi divortio juris civilis à divino & gentium adsignari: adsignatas autem proculdubio fuisse, si hunc tam insignem effectum produxissent: porrò erecta tribunalia & judicia instituta esse, ut quod bonum & æquum est servaretur, nec calliditate ac fallaciâ alius alium deciperet; bonum autem & æquum esse pacta honesta serio & deliberato animo inita servare: Judicia vix ullum usum habitura, si illius juris cui naturalis ratio consentit curam non habeant; maximam autem juris Romani partem ex naturali ratione petitam & haustam esse: Ad Magistratum ire, litem instituere, de genere permissorum esse; at pacta honesta serio & deliberato animo inita non servare, de genere prohibitorum; neminem autem dicturum faciendum esse id quod prohibitum, ne fiat id quod licitum: Denique ob rem minimam jure Romano dari actionem, non solum ordinariam, veluti vi bonorum raptorum *prin. Instit. de vi bonorum raptorum*, sed etiam extraordinariam provenientem ex eo quod à proprietario vel fructuario damni infecti nomine aliquid præstitum sit, *l. si proprietarius 22. in fin. prin. D. de damno infecto.* Imo & in integrum restitutionem, nisi majori rei vel summæ præjudicetur, *l. scio illud 4. D. de in integrum restitut.* Hujus verò rei nullam aliam rationem esse quam quod bonum & æquum non tam ex re de quâ controversia est, vel agendi modo, quam ex ipsâ justitiæ naturâ dijudicari ac determinari debeat; Ob rem autem minimam jus Romanum actionem denegaturum fuisse, si propter favorem imminuendarum litium ipsum bonum & æquum violare permissum fuisset, aut cum juris divini & gentium præjudicio aliquid hominũ inter se spontaneæ fidei & probitati relinqui potuisset; præsertim in tantâ humani generis corruptione: Deniq; Magistratus nihil æquè curare, quam ut fides

fides data servetur: ea enim rerum humanarum coagulum ejusque servatio præcipuum humanæ Societatis fundamentum est.

Objicies quod pacto promissum est indebitum in jure nostro dicatur. Resp. hoc falsum esse: neque contrarium probari ex *l. si non sortem 26. D. de condict. indebiti, l. in his verò 5. §. 2. D. de solutionibus.* Nam ibi duntaxat usuræ pacto in stricti juris negociis promissæ indebitæ dicuntur; idque ideo, quia ex civili & peculiari ratione placuit usuras citra vinculum stipulationis non deberi; quin imo pactum incontinenti adjectum ad productionem obligationis earum insufficiens esse, *l. quamvis 3. Cod. de usuris. l. si ex precio 6. Cod. si certum petatur.* cum tamen quod eo placuit æquè datâ actione servandum, quam quod ipso principali contractu comprehensum est, *l. lecta 40. D. de rebus creditis cum similibus.* Eodem modo respondeo ad *l. si certis 28. Cod. de pactis.* Imò eam legem expressè loqui de eo quod pacto nudo, id est, caussam non habente promissum est; quod cum pacto quod serio & deliberato animo initum est confundi non debet, *arg. l. legem 10. Cod. de pactis. l. solent 15. D. de præscriptis verbis & similibus.*

Objicies quod in *l. Jurisgentium 7. §. quinimo 5. D. de pactis* ter dicatur ex pacto actionem non nasci. Resp. hoc de pacto nudo, non autem de eo quod certo deliberatoque consilio initum est, accipi debere: uti textus est expressus in *l. solent 15. D. de præscriptis verbis*, in hoc versiculo, *Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri: sed habet in se negocium aliquod &c.* Denique in *l. legem 10. Cod. de pactis* cum ait: *nec obesse tibi poterit quod dici solet ex pacto actionem non nasci: tunc enim hoc jure utimur, cum pactum nudum est.* Sic etiam dico in *l. 3. Cod. de rerum permutat.* de nudo pacto agi.

Obji-

Objicies quod post edictum prætoris *in l. jurisgentium 7. §. 7. D. de pactis* omnis Jurisconsultorum tractatio sit de iis pactis quæ fiunt ne quid petatur, quo à lite recedatur; quoniam talia pacta ad litem remorandam pertinent. Resp. de titulo & intentione prætoris magis judicandum esse ex primis septem legibus, & Edicto ejus, quam ex iis legibus quæ edicto subjectæ sunt: Deinde falsum esse omnem post edictum Jurisconsultorum tractationem de pactis liberatoriis esse; uti patet *ex l. 10. §. ult. cum ll. seqq. l. sed si fidejussor 24. cum l. seq. in prin. l. 27. §. 2. in prin. l. 52. §. 1. & 2. D. de pactis & similibus.* Quemadmodum & falsum esse quod species pactorum liberatoriorum, quæ post legem *Iurisgentium 7. §. ait prætor 7.* sequuntur, ad edictum prætoris directè referantur: referuntur enim immediatè ad divisionem pactorum, secundum quam alia obligatoria, alia liberatoria dicuntur: & obligatoriorum porrò alia in rem, alia in personam: quæ divisio habetur *in d. l. Iurisgentium 7. §. pactorum quædam 8. D. de pactis.* Quod autem isti divisioni plures pactorum liberatoriorum species subjectæ sint, ideò factum est, quod contractus cæteræque conventiones obligatoriæ deinceps specialem suum titulum habituræ sint; non autem liberatoriæ; præcipuè eæ quæ juris gentium sunt. Deinde quia ad imminuendas lites quoque faciunt.

Dices, quod si cujuslibet serii pacti ea vis esset Jure Romano, ut actionem pareret, etiam actionem ipso jure tolleret, *arg. l. 6. D. de pactis. l. Arrianus 47. D. de obligat. & action. l. prout 80. l. Stichum 95. §. 4. D. de solut.* Resp. sufficere quod actionem tollat: idque vel ope exceptionis, uti plerumque; vel etiam subinde ipso jure: pro obligationum earumque dissolutionum diversitate.

Oppones quod qui vendere promisit, quamvis seriò, non tamen obligetur, *l. contractus 17. in fine vers. Illud adjicientes,*

tes, &c. Cod. de fide instrumentorum. Resp. hoc falsum esse. licet enim pactum de vendendo, non sit venditio, *arg. eorum quæ notantur in l. 1. Cod. de Pactis pignorum, &c.* Si tamen deliberato consilio & mutuâ voluntate de hâc illâ-ve re vendendâ inter duos plures-ve convenit, neque is, qui ad vendendum se obstrinxit, fidem implere velit, in id quod interest condemnabitur: sicut is qui vel stipulatione, *l. si pœnam 68. in fine D: de verb. obligat.* vel etiam simplici conventione se pecuniam mutuo daturum promisit, *l. creditores 10. in fine D. de verbor. signif.* Nec desunt argumenta *in l. si fundus. 16. §. ult. D. de pignoribus l. ult. in prin. D. de contrah. empt. l. ult. Cod. ad legem falcid. l. si ad resolvendam 7. Cod. de prædiis & aliis rebus minorum &c. l. si quis stipulatus sit Stichum 112. §. ult. D. de verb. obligat.* Quinimo communis est Doctorum opinio, non solum quod ad hoc de vendendo pactum adtinet, sed etiam quod est de donando, permutando, &c. *Philip. Decius consil. 502. vers. sed dato. Menochius vol. 1. consil. 92. per tot. Surdus consil. 52. num. 13. & seqq. Tiraquellus de retractu Gentilitio § 1. glossa 2. num. 55. & latissime de retractu conventionali, ad finem tituli, num. 30. cum multis seqq. Pinelus ad l. 2. Cod. de rescind. vendit. parte secunda cap. 3. num. 21. & seqq. Cardinalis Tuschus pract. conclus. tom. 1. conclus. 310. in verb. Aliud est venditio, aliud promissio de vendendo. & tom. 6. conclus. 21. in verb. Pactum de donando, vendendo, &c. an valeat.* In tantum, ut si contractâ venditione per pactum incontinenti adjectum de revendendo convenerit, emptor præcisè revendere cogatur, nec præstando id quod interest liberetur, *arg. l. si fundum 2. Cod. de Pactis inter emptorem & venditor. compos. l. qui restituere 68. D. de rei vindicat. l. 11. §. 2. D. de action. empt.* Quod attinet ad *l. contractus 17. in fine Cod. de fide instrumentorum.* Resp. amissionem arrhæ vel duplicatæ restitutionem non tam excludere actionem ad id quod inter-

est,

est, quam includere : dummodo sciamus, quod arrhæ nomine datum restitutum-ve est, in computationem ejus quod interest venire, *arg. l. prædia 28. in fine D. de action. empt. l. ult. in prin. D. de lege commissoria l. 3. D. de testam. milit. Oldendorpius Class. 4. action. 2. sub tit. Remedia affinia.* Nihil etiam obstant *l. ex placito 3. Cod. de rer. permutat. l. divisionis 45. D. de Pactis.* Quia loquuntur de placito permutationis vel divisionis, atque adeò nudo pacto : non autem de duorum vel plurium in idem placitum permutationis vel divisionis consensu; ac proinde conventione, de quâ constat, quod certo consilio & mutuâ voluntate inita sit; ut postea clarius ostendam.

Objicies quod nullo loco proditum sit ex pacto actionem nasci; nisi exceptivè aut addito *interdum*. Resp. hoc verum esse cum de pacto nudo sermo est; veluti in *l. legitima 6. D. de pactis.* Sed falsum cum de eo quæritur quod serio & deliberato animo initum est : tam per ea quæ supra dixi, quam ex *l. Iurisgentium 7. §. ait prætor 7. D. de pactis, l. 1. l. debitori 7. l. si pascenda 8. l. penult. & ult. Cod. de pactis, & similibus.*

Objicies quod ait Paulus *lib. 2. sententiarum tit. 22. §. ult.* in verbis. *Omnibus pactis stipulatio subjici debet ut ex stipulatu actio nasci possit.* Resp. primò, actionem ex stipulatu stipulationem desiderare; me autem ultrò fateri ex pacto, quod serio & deliberato animo initum est, actionem ex stipulatu non nasci. Secundò: si alioquin pactum nudo placiti fine consisteret, neque de certo consilio & deliberata conveniendi voluntate constaret, optimum esse ejusmodi pacto stipulationem subjicere: ut si non ex pacto (utpotè eo casu nudo) saltem ex stipulatione actio nasci posset.

Dices, cur jure Romano introducta sit stipulatio, si ex omni honesto pacto quod deliberato consilio initum est obligatio & actio oriatur? Resp. non semper constare, num pa-

ctum ſerio & deliberato animo initum ſit; conſtare autem, præter infinita alia, etiam ex eo quod præceſſerit interrogatio & ſecuta ſit reſponſio : ita ut ſtipulatio non tam introducta ſit, ut conventio illa, de quâ nobis ſermo, obligationem & actionem pareret; quam ut (aliis forſitan mediis deficientibus) ex eâ de ſerio & deliberato partium animo conſtaret, *arg §. in hac re 1. in fine. Inſtit. de verbor. obligat.* Niſi quod ſubinde pro ſolemnitate alicujus actus ſtipulationem jus civile requirat: quo caſu pactum, etiam incontinenti adjectum tam bonæ fidei quam ſtricti juris negociis, ad producendam obligationem non ſufficit; ut infra dicam.

Petes: ſi ea fuerit ſerii pacti jure Romano vis atque efficacia: quid opus fuit ſpeciatim ex pacto donationis donatorem neceſſitate juris adſtringere, quod primus fecit Juſtinianus? *l. ſi quis argentum 35. §. ult. Cod. de Donationibus. §. 2. Inſtit. eod.* Reſp. quod ante Juſtiniani tempora, ſi quis nullo jure cogente aliquam rem donaverat, nec ſimul tradiderat, præſumebatur temerariâ & inconſultâ facilitate, aut ex communi hominum more, verba quædam ad captandam ſolummodò benevolentiam protuliſſe; cum ſi certo & deliberato animo facta promiſſio fuiſſet, eam illicò traditio ſubſecuta fuiſſet: & ita accipiendum eſt quod ait Seneca *lib. 5. de beneficiis cap. 21.* in verbis: *Quæ lex ad id præſtandum nos quod alicui promiſimus alligat?* Verùm Juſtinianus caſſatâ hâc præſumptione & jure cui præſumptio illa occaſionem præbuit, conſtituit promiſſionem obligatoriam eſſe; utpote certo conſilio & exercendæ liberalitatis animo factam, *d. l. ſi quis argentum 35. §. ult. Cod. de donationibus, §. 2. Inſtit. eod.* Quod ſi de ſerio & deliberato illo animo non conſtet, nequidem jure novo efficax obligatio erit. Quinimo jure veteri, etiamſi traditio non intervenerat, efficax tamen obligatio conſtituebatur, cum de ſerio

ac

ac deliberato animo ex aliâ quâvis ratione constare, atque ita præsumptio, de quâ supra, dilui poterat: veluti si stipulatio accesserat, vel mortis mentio facta erat. Quod de donatione, idem de quâvis legitimâ conventione, de qua in *l. 6. D. de pactis*, dico.

Petes: quod si ex quovis serio pacto oriatur jure Romano actio: Cur prætor non alias ex pacto actionem de constitutâ pecuniâ dat, quam si constituatur quod jam ante debitum fuerat? *l. 1. D. de constituta pecunia.* Resp. ex relatione quam constitutor ad præcedens debitum facit, constare se non inconsultâ quâdam facilitate verba quædam proferre, sed serio & deliberato animo obligationem aliquam in se suscipere. Petes porrò: cur actio de constitutâ pecuniâ non competat, nisi de rebus quæ pondere, numero, mensurâ constant. Resp. & de aliis rebus dari sive mobilibus sive immobilibus, *l. 2. in prin. Cod. de Constituta pecunia*, in verbis: *hâc apertissimâ lege definimus, ut liceat omnibus constituere non solum res quæ pondere, numero, mensura consistunt, sed etiam alias omnes sive mobiles sive immobiles, sive se moventes sive instrumenta sive alias quascunque res &c.* At dices hæc Justiniani verba esse. Resp. me de jure Romano disputare, cujus non minimam partem Justinianeæ ordinationes faciunt: Denique neminem ignorare quam multa tractu temporis aucta, declarata, imò & in melius formata sint: ita ut benè potuerit prætor intellectâ caussâ, quæ constituto subest, actionem decernere adjuvandi juris civilis gratia: & Justinianus sublatâ receptitiâ actione declarare quamcunque rem in constitutum deduci posse.

DUBITATIO XXXII.

An jure Canonico ex pacto quod ſerio & deliberato animo initum eſt, obligatio efficax oriatur.

IUre Canonico ex pacto quod ſerio & deliberato animo initum eſt, efficax obligatio & actio naſcitur, *cap. 1. ext. de pactis*, ubi, *inita pacta ſuam obtineant firmitatem*: & poſt paucà, *pax ſervetur, pacta cuſtodiantur.* Denique *in cap. 3. ext. eod.* in verbis, *ſtudioſe agendum eſt, ut ea quæ promittuntur, opere compleantur.* Accedit inſcriptio *d. cap. 3.* quæ ita ſe habet, *Judex debet ſtudioſe agere ut promiſſa adimpleantur*: Ille nempe coram quo inſtituta eſt adverſum eum actio, qui non facit ad quod pacto ſe obſtrinxerat. Neque præſumendum quod ſummi Pontifices rerum divinarum peritiſſimi exceptionem tantum ex ejuſmodi pacto tribuerint; cum dictantibus tam ſacrâ ſcripturâ, quam omnium gentium jure ad obligationem & actionem profit, ut ſupra dixi. Nec omittam *c. juramenti 22. quæſt. 5.* ubi Chromatius: *& ideo dominus inter juramentum & loquelam noſtram nullam vult eſſe diſtantiam: quia ſicut in juramento nullam convenit eſſe perfidiam; ita quoque in verbis noſtris nullum debet eſſe mendacium: quia utrumque & perjurium & mendacium divini judicii pœna damnatur &c.* Præterea ex omni pacto quod ſerio & deliberato animo initum eſt jure civili obligatio & actio naſcitur: Ergo & jure Canonico: cum inter utrumque jus abſque expreſſo canone nulla ſit conſtituenda differentia, *arg. cap. 1. & 2. ext. de operis novi nuntiat.*

Objicies quod *in cap. 1. ext. de Pactis* pœna excommunicationis afficiatur, qui non præſtat id quod pacto promiſit. Reſp. multo magis actionem adverſus illum decernendam eſſe: cũ ubi juſta eſt excommunicatio, ibi juſtior ſit actio. At dices ex-

excommunicationem remedium extraordinarium esse, ac proinde non irrogari nisi ordinario deficiente, *cap. novit. 13. ext. de judiciis.* Resp. primò excommunicationem, interdictum, suspensionem, jejunium &c. pœnas jure canonico ordinarias esse, & cum remediis persecutoriis rei concurrere; cum ad diversa competant *arg. l. si quis 7. §. 1. D. de condictione furtiva l. rei communis 44. D. pro socio. l. si qui servum 34. §. hinc de colono 2. D. de obligat. & action. l. si locatum 42 D. locati l. ancillæ 12. Cod. de furtis & servo corrupto.* Secundò *in cap. novit. 13. ext. de Pactis*, ecclesiasticam censuram Regi Galliarum Philippo, qui Angliæ regem fide ruptâ & pace fractâ offenderat, ideò duntaxat irrogari, quia civili judicio conveniri non poterat; vel frustra.

DUBITATIO XXXIII.

An pactum serio & deliberato animo initum idem sit cum pacto nudo, & quæ sit pacti nudi vis ac effectus?

Constat quam bellè jus civile cum canonico, & utrumque cum divino & gentium cohæreat: consequens est, ut omnis ambiguitatis tollendæ gratiâ ulterius in hâc materiâ progrediar, atque hoc capite videam, I. quot modis dicatur pactum nudum? II. quo sensu accipiatur cum dicitur jure civili obligationem & actionem non parere; parere autem exceptionem? Et quid de jure Canonico statuendum? III. num obligationem saltem naturalem producat?

Ad primum quod adtinet, reperio apud nostros Auctores pactum nudum, pactionem nudam, conventionem nudam (hæc enim omnia æquipollentia sunt) sex diversis modis dici. Primò respectu traditionis; quamvis pactum nomen & caussam habeat, nec non deliberato consilio initum sit: hinc emptio venditio, quam traditio secuta non est, appellatione nudi pacti

pacti venit, in *l. traditionibus* 20. *Cod. de pactis*. Constitutio pignoris quod apud debitorem mansit *l. 1. in prin. D. de pignoratitia actione*. Secundò respectu stipulationis; etiamsi alioquin caussam habeat, ac incontinenti adjectum alteri contractui *l. etiam* 30. *D. de usuris, l. frumenti* 12. *D. eod. Novell.* 136. *c.* 4. *imò & in l. quamvis* 3. *& l. seq. Cod. de usuris. l.* 2. *Cod. de evictionibus*. hinc nuda pollicatio, quæ stipulatione munita non est, *l. nuda pollicitatione* 5. *Cod. de contrah. & committ. stipulat.* Tertiò respectu solemnitatis: ut nudus consensus in *l. non nudo* 3. *Cod. de emancipationibus*, nuda voluntas *l.* 3. §. *ult. D. de adimendis vel transferendis legatis, arg. l. si jure* 18. *D. de legat.* 3. Nuda vox *in* §. *ult. Instit. quibus modis testament. infirm.* Quartò respectu acceptationis; cum nuda pactio dicitur solius offerentis promissio, nullâ adversæ partis acceptatione accedente; uti *in l. qui negotia* 34. *in prin. D. mandati*, in verbis, *alioquin dicendum ex omni contractu nudâ pactione pecuniam creditam fieri posse*. Quintò respectu majoris securitatis: hinc nuda promissio, cautio simplex absque fidejussoribus vel pignoribus facta, *l. si dictum* 56. *in prin. D. de Evictionibus*. Sextò respectu caussæ, *l. juris gentium* 7. §. *sed cum nulla* 4. *cum* §. *seq. l. divisionis* 45. *D. de pactis, l. legem quam* 10. *l. pactum quod dotali* 15. *Cod. de pactis. l. solent.* 15. *D. de præscriptis verbis, l. si tibi* 27. *Cod. de locato l. ult. Cod. de rerum permutat. Paulus* 2. *sentent.* 14. *in prin.* hinc nuda ratio, quæ caussâ caret, *l. nuda ratio* 26. *D. de donationibus, l. non solum* 49. §. *ult. D. de peculio*. nuda traditio, quam justa aliqua caussa non præcedit, *l. nunquam nuda* 31. *D. de acquir. rer. dom.* nuda solutio quæ scripto comprehensa nullam debiti mentionem facit; *l. si quis* 6. §. *rationem* 3. *D. de edendo*. nuda adseveratio, quæ caussam non habet, vel falsam, *l. non nudis* 14. *Cod. de probationibus*. nuda venditio, quæ serio & deliberatio animo facta non est, sed per simulationem tan-

tùm

tum *l. nuda 55. D. de contrah. empt.* ac proinde obligationem non parit, *l. contractus 54. D. de obligat. & action. l. emptor 12. D. de aqua & aquæ pluviæ arcend. &c.*

Hoc ultimo ſenſu pactum nudum accipitur, cum à pacto quod ſerio & deliberato animo initum eſt condiſtinguitur; ac proinde definitur: quod nullam habet cauſſam propter quam partes convenerunt, *l. juriſgentium 7. §. ſed cum nulla 4. D. de pactis.* De quo etiam conſtanter prædicatur, quod nullam obligationem & actionem producat *d. l. juriſgentium 7. §. ſed cum nulla 4. l. diviſionis 45. D. de pactis, l. legem quam 10. Cod. eod. l. ſolent. 15. D. de præſcriptis verbis. l. ſi tibi 27. Cod. de locato. l. ult. Cod. de rerum permutat. Paulus 2. ſentent. 14. in prin.* Ratio eſt, quia ex omnibus deliberati animi ſignis, quæ vel jus gentium agnoſcit, vel civile conſtituit, nullum in pacto nudo apparet; non enim ex iis conventionibus eſt quæ in aliud nomen tranſire dicuntur, de quibus in *l. 1. §. ult. l. juriſgentium 7. §. 1. D. de pactis, l. 1. §. 2. D. de rerum permutat.* vel cauſſam habere *d. l. juriſgentium 7. §. 4. D. de pactis.* Non refert ſe ad aliquod præcedens debitum, ſicuti conſtitutum *§. de conſtituta 9. Inſtit. de action. l. 1. & tot. tit. D. & Cod. de conſtitut. pecun.* aut aliam aliquam præcedentem cauſſam, uti *in l. non minorem 20. Cod. de tranſaction.* Nulla intervenit ſcriptura, uti *in l. ult. in prin. D. mandati.* Non manifeſtè in eo agitur de exercendâ liberalitate, uti in *l. 35. §. ult. Cod. de donationibus.* Nihil hic apparet quod movet; veluti incendium aliud-ve ſimile quod reperitur in pollicitatione reipublicæ factâ *tot tit. D. de pollicitationibus.* Nulla præcedit interrogatio quam ſequitur ordinata reſponſio, uti in ſtipulatione *tot. tit. Inſtit. de verbor. obligat.* Nec etiam extra id quod nudo pacto expreſſum eſt, quidquã adverſæ partis intereſt aliquid ab eo qui nudè pactus eſt dari vel fieri. Quapropter præſumptio capitur (non

ſolum apud Romanos ſed etiam omnes alios populos) quod temerariâ & inconſultâ facilitate, aut ex communi hominum more verba quædam non ſerio & deliberato animo, ſed fortè per jactantiam, vel ad captandum benevolentiam (uti plerumque ſermonibus fieri ſolet) prolata ſint. Quinimò etiamſi aliquod ex iis deliberati animi ſignis, quæ vel jus gentium agnoſcit vel civile conſtituit, adeſſe videatur, ſi tamen manifeſtè conſtet certum conſilium deliberatumque animum abeſſe, nihilominus nudum pactum erit. Hinc Varro: *Non ſpondet ille ſtatim qui dixit ſpondeo, ſi jocandi cauſſa dixit, nec agi poteſt cum eo ex ſponſu de joco.* Denique: *Quiſquis in Tragœdia dicit, Meminiſtin te deſpondere mihi gnatam tuam? quod ſive ſponte ſua dixit cum eo agi non poteſt ex ſponſu. De lingua lat. lib. 5.* Et Paulus: *Nec enim ſi per jocum puta vel demonſtrandi intellectus cauſſâ ego tibi dixero, ſpondes? & tu reſponderis ſpondeo, naſcetur obligatio, l. 3. §. ult. D. de obligat. & action.* Non magis; quam ſi quædam ad nudam laudem pertinentia, & ſolummodo commendandi ſervi cauſſâ venditor dixerit, ea præſtare debet: veluti frugi, bonum, dicto audientem eum eſſe: hæc enim dicta potius quam promiſſa cenſeri debent: dicta autem in contractibus cenſentur, quæ verbo tenus pronuntiantur nudoque ſermone finiuntur; uti eſt textus *in l. ſciendum 19. in prin. & 2. D. de Ædilitio edicto.* Quemadmodum etiam injuriarum non tenetur, qui prætextatum prætextatam-ve adſectatus eſt colludendi forſitan vel officii honeſtè faciendi gratiâ & non contra bonos mores, *l. item apud 15. §. meminiſſe 23. D. de injuriis.* Sic etiam ſervi corrupti actione non tenetur qui luſus cauſſâ & non dolo malo alienum hominem deteriorem reddidit, *l. dolo 3. in prin. D. de ſervo corrupto.* Et ſi miles in expeditione occupatus dixit alicui, *Ego te hæredem facio*, aut, *bona mea tibi relinquo*, oportet hoc pro militis voluntate ſervari; at

ri, at non oportet, si, ut plerumque sermonibus fieri solet, ad captandum benevolentiam vel inconsultâ quâdam facilitate eadem verba protulerit, *§. planè 1. in medio. Instit. de militari testament.* Hinc pleraque pacta quæ ex intervallo fiunt negociis principalibus non insunt: neque ad actionem ullo modo prosunt; quia inconsultâ & temerariâ facilitate, non autem serio & deliberato animo communiter ineuntur.

Objicies quod privatæ jurisgentium conventionis species duæ sint, nuda una, altera non nuda, *l. jurisgentium 7. §. 1. 2. & 4. D. de pactis l. si dominus 8. l. solent. 15. D. de præscriptis verbis, l. legem 10. Cod. de pactis*; cum privatâ autem jurisgentium conventione convertatur pactio definita *in l. 1. §. 2. D. de pactis*, ac proinde nudum quoque pactum sit duorum plurium-ve in idem placitum consensus. Resp. falsum esse quod pactio sive pactum quod definitur in *l. 1. §. 2. D. de pactis*, in nudum & non nudum dividatur. Verum quidem est quod jurisgentium conventiones quædam actiones parere dicantur, quædam exceptiones, *l. jurisgentium 7. in prin. D. de pactis.* Sed actiones parere eæ conventiones intelliguntur quæ obligatoriæ sunt: exceptiones verò quæ liberatoriæ, velut pacta de non petendo, quorum alia in rem sunt, alia in personam, *d. l. jurisgentium 7. §. pactorum 8. D. de pactis.* Sed dices pacta nuda etiam exceptiones parere, *d. l. jurisgentium 7. §. sed cum nulla 4. D. de pactis.* Resp. parere quidem, verum non tam ex se & per se, quam ex eo quod datum factum-ve illud sit de quo nudo pacto convenit ut daretur fieret-ve: quasi pro eo quod datum factum-ve est conventio geminaretur, deliberatumque consilium eatenus manifestaretur. Sed pacta de non petendo exceptiones ex se & per se pariunt; ac proinde verisimile est Ulpianum *in d. l. Iurisgentium 7. in prin.* de hisce potius agere, quam de conventionibus nudis. Quod adtinet

ad *l. si dominus 8. l. solent 15. D. de præscriptis verbis, l. legem 10. Cod. de pactis.* Resp. in illis legibus proponi conventiones, sive pacta quædam, de quibus dicitur quod nuda non sint: ergo pactum sumptum pro duorum plurium-ve in idem placitum consensu dividitur in nudum & non nudum? Nego consequentiam. Denique etiamsi conventio *in d. l. jurisgentium 7. in prin. §. 1. 2. & 4.* divideretur in nudam & non nudam; ex eo tamen non sequeretur, quod hæc distributio potius esset conventionis strictè dictæ, & uti convertitur cum pactione definitâ *in l. 1. §. 2. D. de pactis*, quam latè, pro tractatu inter duos pluresve habito, quo aliquid agitur vel fit. Atque hinc forsitan est quod post *d. l. 1. §. 3.* conventionis potius, quam pacti vel pactionis mentio fiat; veluti *in d. l. 1. §. 4. l. 2. l. 4. l. 5. per tot. l. 6. l. 7. in prin. & passim.* Hoc eodem sensu pactum sive pactio vel latè vel strictè considerari potest: latè pro tractatu duorum vel plurium quo aliquid agitur vel fit, quod negocii celebrandi transigendive caussâ interponi solet: strictè verò pro eo quod definitur duorum plurium-ve in idem placitum consensus, *d. l. 1. §. 2. D. de pactis.* Priori sensu pactum nudum, pactum dici potest; posteriori, nullo modo. non magis quam nuda traditio *in l. nunquam 31. D. de acquir. rer. dom.* traditio. Nuda venditio *in l. nuda 55. D. de contrah. empt.* venditio. Testamentum quod ordinabat miles *in §. planè 1. in medio Instit. de militari testam.* testamentum. Stipulatio de qua in *in l. 3. §. ult. D. de obligat. & action.* stipulatio. Ususfructus de quo *in l. usumfructum 58. l. si ita stipulatus 126. §. 1. D. de verb. obligat. l. si alii 19. l. Sempronius 26. §. si fundus. D. de usu & usufructu legat. l. si cum argentum 21. §. pen. D. de except. rei judicatæ, l. si proprietas 9. D. de usufructu accresc.* ususfructus. Itaque licet nuda traditio de qua *in l. nunquam 31. D. de acq. rer. domin.* hactenus aliqua quidem traditio sit; respectu tamen

men translationis dominii pro non traditione habetur. Idem de nudâ & imaginariâ venditione dicendum: atque etiam usufructu caussali; qui quidem utendi fruendi facultas quædam est, at non illis rebus, quibus, ut usumfructum habere dicamur, uti frui nobis permissum esse debet, *arg. l. 1. D. de usufructu. prin. Instit. eod.* Pari ratione nudum pactum aliquod quidem pactum est, id est, tractatus quidam inter duos vel plures qui negocii celebrandi transigendi-ve gratiâ interponi solet; non tamen illud de quo prædicari potest quod sit duorum plurium-ve in idem placitum consensus, *l. 1. §. 2. D. de pactis*: de quo prætoris edictum loquitur, quod est in *l. Jurisgentium 7. §. 7. D. de pactis.* Est quidem placitum aliquod, uti in *l. si tibi 27. Cod. de locato & conduct. l. divisionis 45. D. de pactis. l. ex placito 3. Cod. de rerum permutat. l. si divisionis 15. Cod. familiæ ercis. l. cum proponas 21. l. si certis 28. Cod. de pactis.* Sed non duorum vel plurium in idem placitum consensus *l. 1. §. 2. D. de pactis*, uti in Pandectis Florentinis, vel etiam, & consensus; uti apud Constan. Harmenop. *lib. 1. tit. 9. cap. 1.* Placitum enim uti & consensus unius esse; vel si duorum, non tamen in idem: & conventio (latè nempe dicta) placiti illius sine stare potest, *d. l. si tibi 27. Cod. de locato & conducto*, ac proinde non constare quod serio & deliberato animo inita sit: At pactum non nisi duorum vel plurium in idem placitum consensus: aut in idem placitum & consensus, *d. l. 1. §. 2. D. de pactis.* quare obligationem & actionem, multoque magis ex se & per se exceptionem producit, *l. jurisgentium 7. §. 7. §. 8. &c. D. de pactis.* Qua propter in *l. 4. Cod. de rerum permutat.* non simpliciter dicitur placitum permutationis intercessisse; uti in lege 3. præcedente, sed *placitum inter te & alium permutationis intercessisse &c.* Hinc constat falsum omninò esse quod in *d. l. si tibi 27. Cod. de locato & conducto* agatur de nudo pacto

de quo tamen constabat quod serio & deliberato animo initum erat. Si enim de eo constitisset, stipulatio, quæ (præcipuè ceteris mediis deficientibus) illius animi manifestandi modus est, requisita non fuisset. Scio placitum etiam pro duorum vel plurium consensu in idem accipi posse, *l. vix certis* §*3. D. de Iudiciis, l. si plus 74. in prin. D. de evictionibus, l. transactionis 7. l. si diversa 14. l. si pro fundo. 33. Cod. l. pen. D. de transactionibus.* Sed planè nego ita accipi ubi de nudo pacto agitur.

Quamvis pactum nudum actionem non pariat; exceptionem tamen parere dicitur, *l. jurisgentium 7. §. sed cum nulla 4. D. de pactis.* nempe cum id de quo nudo pacto convenit, solvitur: nam pro modo ejus quod solvitur, apparet de serio deliberatoque animo. Cum enim solutio referatur ad præcedens pactum; ideò pro modo ejus quod solvitur, pactum quasi geminatur & adimpletur.

Si dicas ex nudo pacto exceptionem nasci, licet id quod nudo pacto comprehensum est, solutum non fuerit; si modò aliunde haberi potuerit: idque per *l. in his verè 5. §. Imperator. 2. D. de solutionibus.* Resp. hoc falsum esse: quia ut usuræ pacto promissæ & solutæ retineri possint; necesse est ut solutæ sint tanquam ex simplici pacto naturaliter saltem debitæ: non autem satis est eas aliunde haberi posse. Et sic principium *d. §. Imperator 2. l. in his verè 5. D. de solutionibus* explicari debet per verba finalia, *d. §. Imperator*, in quibus dicitur, *Et sicut ex pacti conventione datæ, repeti non possunt: ita proprio titulo non numeratæ, pro solutis ex arbitrio percipientis, non habebuntur.* Præterea in *d. l. 5. §. Imperator 2.* non agitur de pacto quod nudum est à caussâ, sed à stipulatione tantum: promittuntur enim usuræ, quia creditoris interest pecuniâ carere, *arg. l. in insulam 42. §. usuras 2. D. soluto matrim. l. illud sciendum 29. §. 2. D. de Ædilit. edict. l. socius 60. in prin. D. pro socio.* At de pacto quod

à caus-

à caussâ nudum est, hic nobis sermo. Non adjungam pactum de non petendo: nam quamvis illud exceptionem pariat, *l. jurisgentium 7. §. 8. §. 13. D. de pactis. l. 3. D. de exceptionibus.* non tamen rectè pactum nudum dicitur, quia qui de non petendo paciscitur, sese ad præcedens debitum refert: ex quâ relatione conjectura deliberati animi capitur. Ut mittam jura nostra cum in dubio versamur, admodum prona ad liberandum esse, *l. Arianus 47. D. de obligat. & action.*

Quod dixi nudum pactum actionem nullam parere, parere autem, ad eum quem dixi modum, exceptionem, etiam jure Canonico verum est; cum eo expresse contrarium cautum non sit, *arg. cap. 1. & 2. ext. de novi operis nuntiat.* nihil obstant *cap. 1. & 3. ext. de pactis.* Quia ut dubitatione XXXII dixi, ibi non de nudo pacto, sed quod serio & deliberato animo initum est, agitur.

Videndum restat, num ex pacto nudo obligatio saltem naturalis oriatur. Equidem miror quod omnes, quotquot mihi videre contigit, Interpretes uno Francisco Connano excepto *lib. 5. com. cap. 1. num. 6.* (æque alioquin in opinione suâ infelice atque aliis) oriri statuant: nec tamen ullus in toto juris corpore locus sit ex quo id probari possit. Nam in *l. in his vere 5. §. Imperator 2. D. de solutionibus*, non agitur de pacto quod nudum est à caussâ, sed à stipulatione: Licet enim in stricti juris negociis maximè deliberato animo & fortè per pactum incontinenti adjectum usuræ promissæ sint; si tamen præcise stipulatio non intervenerit, non debentur, *arg. l. quamvis 3. cum l. seq. Cod. de usuris, l. Titius 24. D. de præscriptis verbis.* Neque quidquam adjuvat *l. 1. in prin. D. de pactis.* Quia illa lex ad prætoris edictum refertur, quod est in *l. jurisgentium 7. §. ait prætor 7. D. de pactis*, in quo, non de nudo pacto, sed efficaci ad producendam obligationem & actionem agitur: quem-

quemadmodum etiam *in l. debitori 7, l. pen. Cod. de pactis*, ut dubitat.XXXI. probavi. Et quidem quomodo ex pacto nudo naturalis obligatio nasci posset: cum nullum ei adsit ex iis animi deliberati signis, quæ vel jus gentium agnoscit; ac proinde naturalis æquitas excludatur, quæ non patitur eum obligari, qui, ut fieri solet, verba quædam protulit, de quibus non constat an serio & deliberato animo pronuntiata sint. Enimverò quia pro modo ejus quod ex causâ nudi pacti solvitur de serio & deliberato animo apparet, ideò pro eâ parte obligatio naturalis nascitur & simul impletur: ita ut retentio competat, *l. cum proponas* 21. *& arg. l. si certis* 28. *Cod. de pactis*, quæ est obligationis etiam naturalis effectus, *l. naturalis 10. D. de obligat. & action. l. fidejussor 16. §. naturales 4. D. de fidejussoribus*. Quod si huic assertioni cum Connano *d. lib. 5. com. cap.* 1. objicias *l. si quis 56. §. si nummos 2. D. de fidejussoribus*. Resp. in eâ agi de mutuo quod non consistit; quia data erat pecunia aliena, *l. 2. §. appellata 2. D. de rebus creditis*, eaque ratio erat, cur non obligabatur fidejussor. Cæterum in *d. l. si quis 56.* §.2. non de nudo pacto, sed, ut dicere incepi, de mutuo, pactove ei incontinenti adjecto quæritur. Sic etiam resp. ad argumentum petitum ex principio *d. l. si quis* 56. quia non de pacto, sed juratâ promissione, ac proinde serio & deliberato animo factâ ibi agitur; quod autem fidejussor non tenebatur, ideo erat, quod ipsa obligatio principalis, licet jurata, non subsistebat: nam qui libertus non erat, per errorem tanquam libertus patrono suo operas se præstaturum promiserat. Nihil etiam obstat *l. jurisgentium 7. §. sed cum nulla 4. D. de pactis*. Quia cum obligationem ex nudo pacto nasci negat, civilem intelligit: cæterum si quod nudo pacto promissum est solvatur, vel alioquin pactum liberatorium sit, exceptio nascitur: certissimo argumento quod tum ut minimum obligatio naturalis orta fuerit,

rit, *arg. l. naturales 10. D. de obligat. & action. l. fidejussor 16. §. naturales 4. D. de fidejussoribus.* Porrò nihil movet *l. non solum 49. §. ult. D. de peculio.* Quia non de nudo pacto loquitur, sed omni contractu inter Dominum & servum inito, ex quo obligationem naturalem tum demum nasci innuit, cum tale negocium inter eos celebratum est, ex quo, si Dominus & servus non essent, civilis obligatio oriretur: Atqui inter caussas ex quibus jure civili obligatio nascitur, nullibi recensetur nuda ratio, *l. unda ratio 26. D. de donationibus.* Proinde *in d. l. non solum 49. §. ult.* subjicit Pomponius, *Ideoque si Dominus in rationes suas &c.* Quod ait Connanus ideo nullam hic obligationem naturalem nasci, quia nihil ejus intererat, cum quo pactum initum est, fidem servari; ipsam autem impletionem meram donationem censendam esse; uti evenit, cum quis sciens se non debere solvit. falsum est. Nam solutio quæ ex caussâ nudi pacti contingit, pro modo & pro eâ quâ fit parte quasi cum præcedente pacto geminatur, atque eatenus manifestat deliberatum animum, qui jure nostro sufficiens caussa est producendæ obligationis: ita ut hæc res à donatione, quæ ex liberalitate fit, plurimum differat.

DUBITATIO XXXIV.

Quid pactum incontinenti adjectum, & an ut bonæ fidei, ita etiam stricti Iuris negociis appositum ad obligationem & actionem prosit?

PActum incontinenti adjectum dicitur, quod antequam contrahentes ad alia digressi sunt, contractui apponitur. Quapropter contractus ordine naturæ præcedit, pactum autem sequitur, *l. jurisgentium 7. §. quinimo 5. D. de pactis,* in verbis: *sed hoc sic accipiendum est, ut siquidem ex continenti pacta*

ſubſequuta ſunt. Quod enim adjicitur, præſupponit aliquid cui adjicitur. Nec ſubſequi quidpiam rectè dici poteſt; ubi aliud non præcedit. Hinc in *l. item, quia 4. §. ult. D. de pactis* ſtipulationi ſortis & uſurarum incontinenti apponitur pactum; ut donec uſuræ ſolverentur, ſors non peteretur: apponitur inquam, quia ſtipulatio purè concepta, hoc eſt, abſque illo pacto, præcedebat, ſed quia pactum ſtipulationem incontinenti ſubſequebatur, ei ineſſe dicitur. Nec video quî concipi pactum poſſit, quod addendo vel detrahendo contractum aliquem modificat; niſi contractus ipſe præconcipiatur & ordine naturæ modificationem illam præcedat. Idem probatur ex *l. lecta 40. D. de rebus creditis*, & aliis ſimilibus. Dico quod contractus ordine naturæ præcedat; pactum autem ſequatur: quia ordine temporis pactum ſubinde præcedit & contractus ſequitur. hinc in *l. juriſgentium 7. §. quinimo 5. D. de pactis*, dicuntur ea pacta ineſſe: *quæ legem contractui dant, id eſt, quæ in ingreſſu contractus facta ſunt.* & in *l. initio 5. Cod. de pactis inter emptorem & vendit. compoſit.* in verbis: *Initio venditionis ſi pactus es &c.* Quare in *l. ſi apud 3. Cod. de Ædilitiis actionibus*, utrumque tempus exprimitur: in verbis: *tamen ſecundum fidem antecedentis vel incontinenti ſequuti pacti, &c.* Et in *l. paciſci 31. D. de pactis*, pactum medio negocii principalis tractatui inſeritur. At in iis quæ incontinenti fiunt, non ordo temporis (quod vel nullum vel modicum cenſetur) ſed naturæ attenditur. Si dicas non dare contractui legem, id eſt, moderamen & temperamentum illud pactum quod ordine temporis ſequitur, atque ita negocio perfecto & abſoluto interponitur: Reſp. ex eo quod incontinenti interponatur & recipiatur, palam fieri eam contrahentium voluntatem eſſe, ut illud adhuc negocio principali inſit, ipſumque quaſi ſeriò concludat.

Pactum quod incontinenti negocio alicui adjicitur, ſive hoc

hoc bonæ fidei sit, sive stricti juris, æque obligat servarique debet ac ipsum negocium cui adijcitur: Idque vel datâ actione vel exceptione; prout vel illa requiritur, vel hæc sufficit. Et quidem de pacto quod bonæ fidei negocio incontinenti adijcitur, nullus dubitat, propter *l. Iurisgentium 7. §. quinimo 5. D. de pactis. l. in bonæ fidei 13. Cod. eod. l. si sterilis 21. §. si tibi 4. D. de actionibus empti. l. 1. §. si convenit 6. D. depositi. l. fundi. 79. D. de contrah. empt. cum similibus.* Nec ullus de pacto, quod incontinenti stricti juris negocio adijcitur, dubitare deberet: cum par utriusque sit ratio: quod enim incontinenti placet, pars negocii principalis est; unde sicuti ipsum servandum est, ita & pactum ei incontinenti adjectum: quippe verisimile non est, eos qui convenerunt, contracturos fuisse, si non & ea quæ incontinenti placuerunt, servarentur: idque, uti jam dictum, vel datâ actione vel exceptione, prout vel illa necessaria est, vel hæc sufficit. Equidem contractus ipsi ideò eam vim præcipuè habent, quia nihil tam conveniens est naturali æquitati quam servare id quod placuit, & grave fidem fallere, *l. 1. in prin. D. de Pactis. l. 1. D. de constituta pecun.* At eadem naturalis æquitas subest pactis incontinenti negocijs stricti juris adjectis: licet enim hæc bonæ fidei non sint; ex bonâ tamen fide servanda sunt; utpotè cujus respectu nulla inter bonæ fidei (quæ ita dicuntur) & stricti juris contractus differentia est. Hinc licet stipulatio stricti juris sit *l. quidquid 99. D. de verb. obligat. vers. ult. Instit. de obligat. ex consensu.* Attamen ei pacta incontinenti adjecta insunt, *l. lecta 40. D. de rebus creditis*: in verbis: *dicebam quia pacta incontinenti facta stipulationi inesse creduntur, perinde esse &c.* Insunt inquam tam ex parte actoris quam rei: Nam si ex parte rei tantum inessent, ad exceptiones solummodo prodessent, nec in auditorio Papiniani eorum sententia obtinuisset, qui pactum

ſtipulationi ineſſe, ac proinde partem ejus conſtituere, nec minus quam ipſam ſtipulationem ſervandum eſſe contendebant. quamvis in ſpeciali illâ hypotheſi, quæ huic theſi examinandæ occaſionem præbuerat, exceptio ſufficiebat.

Si dicas generalem Pauli locutionem reſtringendam eſſe ad facti ſpeciem *in d. l. lecta 40.* contentam; Reſp. hoc fieri non poſſe. Propoſitum enim Iuriſconſulto eſt probare totius ſortis uſuras non deberi, ſed earum penſionum tantum, quas ſolvi oportuit. Vt efficiat, quod intendit, primo diſputat in theſi, deinde in hypotheſi. In theſi hæc duo è diametro ſibi invicem opponit: *Pacta incontinenti facta ſtipulationi ineſſe.* Et: *pacta incontinenti facta ad exceptionem tantum prodeſſe.* Unde colligi debet per illud eum velle quod pacta incontinenti adjecta ſtipulationi, pars ejus ſint: formam atque modum ei dent: nec minus ſervanda, quam quæ negociis bonæ fidei apponuntur. per hoc verò quod eam vim non habeant, ſed, ut pacta nuda, ad exceptionem duntaxat proſint. Dicit priorem ſententiam obtinuiſſe: poſteriorem autem exploſam fuiſſe. In hypotheſi ait, quod etiamſi verum eſſet pacta incontinenti adjecta ſtipulationi ad exceptionem ſolum proficere; non tamen propterea in ſingulari ſpecie & caſu de quo inter Auditores Papiniani agebatur, uſuræ totius ſortis deberentur: idque vi argumentorum quibus in *d. l. lecta 40. ſub finem* Paulus utitur.

Quo autem ſenſu pacta incontinenti adjecta ſtipulationi ineſſe dicuntur in *l. lecta 40. D. de rebus creditis*, etiam inſunt in *l. item quia 4. §. ult. D. de pactis, & l. ſi ita quis 135. §. 2. D. de verb. obligat.* Accedit quod pactum traditionibus rerum incontinenti appoſitum inſit ac omnino ſervandum, *l. in traditionibus 48. D. de pactis.* Ecquid ſi traditio fiat ex cauſsâ quæ ſtricti juris eſt? quid inquam ſi ipſa traditio perpendatur, poterit-ne

rit-ne bonæ fidei dici? Porrò contractum emphyteuticarium bonæ fidei esse hactenus probavit nemo, cui tamen pacta incontinenti adjecta tam ex parte actoris quam rei insunt, *l. 1. Cod. de jure emphyteutico. §. 3. Instit. de locatione.* Quod idem de pactis contractui feudali adjectis statuendum est. *Quid sit investitura §. præterea lib. 2. feudorum tit. 2. De duobus fratribus à Capitaneo investitis lib. 2. tit. 18. De successione feudi §. ult. lib. 1. tit. 8. cum similibus.*

Objicies *l. Jurisgentium 7. §. quinimo 5. D. de pactis*, in verbis: *solemus enim dicere, pacta inesse bonæ fidei judiciis*, atque etiam *l. in bonæ fidei 13. Cod. de pactis.* cum ait: *In bonæ fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, si in continenti fiat.* Resp. quod super pactis incontinenti adjectis bonæ fidei negociis formari potuit regula; nempe ea illis inesse: At super iis quæ stricti juris negociis apponuntur, non potuit. Ratio diversitatis est, quod illa semper & omnibus Jurisperitis inesse visa sunt, hæc autem ante præfecturam Papiniani quibusdã tantum: licet post eam etiam universis. *l. lecta 40. D. de rebus creditis.*

Objicies *l. quidquid adstringendæ 99. in prin. D. de verbor. obligat.* Resp. quod ea quæ pactis incontinenti adjectis comprehensa sunt, omissa censeri nequeant: cum negociis quibus accedunt insunt, *l. item quia 4. §. 3. D. de pactis*, tanquam eorum pars, modificatio & temperamentum, *d. l. lecta 40. D. de rebus creditis.*

Ne dicas stricti juris contractus non ita extendi, ut pacta incontinenti adjecta ipsis inesse possent. Quia stricti juris non eo sensu dicuntur quod extensionem non recipiant, vel quod pacta ipsis non æque ac contractibus bonæ fidei insint; sed quia Judicis officium ad id quod in judicium deductum est adstringitur. *arg. §. in bonæ fidei 30. Instit. de Actionibus.*

Objicies *l. si ex precio 6. Cod. si certum petatur. l. Titius 24.*

D. de præscriptis verbis. l. si tibi 17. in prin. D. de pactis. l. 2. Cod. de evictionibus. Resp. quod dixi pacta incontinenti negociis aliis adjecta ad obligationem & actionem prodesse, certis quibusdam casibus ex speciali & prægnanti ratione non procedit: idque non solum in negociis stricti juris, sed & bonæ fidei.

Primus casus est in pacto incontinenti adjecto contractui mutui de præstandis usuris vel aliquo supra sortem, *arg. l. 3. Cod. de usuris l. si tibi 17. in prin. D. de pactis l. rogasti 11. §. si tibi 1. D. de rebus creditis.* Ratio prima est, quia mutuum re contrahitur, *prin. Instit. quibus modis re contrahitur obligat.* Re autem non potest contrahi obligatio nisi quatenus datum est *d. l. si tibi 17. in prin. D. de pactis l. cum ultra 9. Cod. de non numerata pecunia.* Altera, quia usuræ quæ secundum naturam negocii gesti ex mora non debentur; veluti in bonæ fidei negociis, usque adeò favorabiles non sunt. Quare jure civili constitutum, ut non aliter debeantur quam optimo modo promissæ, id est, per stipulationem, ac proinde alium & distinctum à mutuo vel præcedente aliâ stipulatione contractum, *arg l. centum 8. D. de eo quod certo loco. d. l. 3. Cod. de usuris l. Titius 24. D. de præscriptis verbis.* Ut neque aliquid supra quam mutuo datum est; ne legitimo usurarum modo fraus fiat. Aliud autem pactum quo minus mutuo adjiciatur nihil vetat, *arg. l. aut mutua 6. D. de eo quod certo loco &c.*

II. Si locus monumenti hac lege venierit ne in eum inferrentur quos jus est inferri: Pactum ad hoc non sufficit, sed stipulatione id caveri oportet, *l. quod si locus 11. D. de religiosis & sumpt. funer.* Ratio fundata est in duritie illius conventionis, quâ teneri emptor censeri non debet, nisi venditor stipulatione sibi prospexerit.

III. Ad acquirendam directam actionem pœnæ persecutoriam: si forsitan servus certâ lege venierit, quæ si servata non

non fuerit, pecuniam dari convenerit, pactum incontinenti adjectum venditioni non sufficit, sed stipulatione opus est, *l. servus ea lege 7. D. de servis exportand.* Dico directam actionem: quia utilem ex pacto incontinenti adjecto moveri potest, *d. l. servus ea lege 7. juncta l. si venditor. 6. §. 1. D. de servis exportand.* Ratio hujus exceptionis etiam in duritiâ poenæ adjectæ sita est, *d. l. servus ea lege 7. in fine.*

IV. Patri filiam dotanti actio de dote per pactum incontinenti constitutioni dotis adjectum non quæritur, sed stipulatio desideratur, *l avia 6. Cod. de jure dotium.* Idque ideo quia conventio, qua pater sibi soli actionem de dote quærit, aliquo modo odiosa est: ideoque pro solemnitate stipulationem atque ita novum aliquem contractum postulat.

V. Non inest pactum quod contrarium est contractui cui incontinenti apponitur: veluti si convenerit ne deponens rem suam ante Depositarii mortem repetat, *l. 1. §. si deposuero 45. D. depositi, l. cum precario 12. in prin. D. de precario.*

VI. Olim donator qui per pactum incontinenti adjectum de evictione cavebat, non obligabatur, sed stipulatio intercedere debebat, *l. 2. Cod. de evictionibus.* Ratio erat, quia nec ipsa donatio, quam stipulatio non muniverat, vel traditio sequuta non erat, subsistebat. Quod tamen Justinianus correxit, *l. si quis argentum 35. §. ult. in fine. Cod. de Donationibus. §. 2. Instit. eod.* Ita ut hodie ex pacto evictionis nomine incontinenti adjecto donationi etiam obligatio efficax oriatur.

DUBITATIO XXXV.

An pacta incontinenti adjecta aliam actionem producant, quam quæ ex contractu, cui adjiciuntur, oritur?

SI pacta incontinenti aliis negociis adjecta, ut pars eorum: (quemadmodum etiam sunt) multoque magis ipsa nego-

cia

cia ut quæ adhuc durant nec finita sunt, considerentur, actio quæ ex principali negocio descendit, ad id quod incontinenti placuit extenditur. Hinc si fundus lege commissoriâ venierit, hoc est, ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum inemptus fieret, tam de fundo quam fructibus ex empto agitur, *l. si fundus 4. in prin. D. de lege commissoria*. Et qui fundum vendidit, ut eum certâ mercede conductum haberet, ex vendito agit, *l. qui fundum 75. l. fundi partem 79. D. de contrah. empt.* uti & ille qui eâ lege insulam vendidit, ut præter solutionem precii alia ipsius insula reficeretur, *l. tenetur 6. §. 1. D. de action. empt.* Præterea usuræ singularum pensionum quæ in specie legis *lecta 40. D. de rebus creditis* solæ debentur, per actionem ex stipulatione provenientem exigendæ; non autem per ullam aliam: cum pactum incontinenti adjectum mutuo ad producendam earum obligationem insufficiens sit, *l. 3. Cod. de usuris. l. si ex precio 6. Cod. si certum petatur*. Si vero negocia, quibus pacta incontinenti apposita sunt, ut finita & quæ amplius non durant; nec proinde pacta, ut quæ insunt & adhuc pars eorum sunt, considerentur, ex pactis ipsis tanquam negociis quibusdam innominatis actio præscriptis verbis intentanda est. Quapropter si fundus sub pacto de retrovendendo venditus, traditus, preciumque solutum sit, neque emptor, quod pacto placuit, servare velit, actione ex vendito juxtà priorem concipiendæ rei gestæ modum conveniri poterit: at juxta posteriorem, actione præscriptis verbis: & recte: nam si emptio venditio ut impleta & finita consideretur, restat duntaxat pactum de vendendo, quod non est venditio, *arg. l. 1. & quæ ibi notantur. Cod. de pactis pignorum*, efficax tamen ad producendam obligationem & actionem, etiam secundum communem Doctorum opinionem, uti *dubitat.* XXXI. *sub finem* probavi. Et sub illa distinctione hæc Alexandri Imp.

verba

verba *in l. si fundum 2. Cod. de pactis inter empt. & vendit. compos.* accipienda sunt: *ut contractus fides servetur actio præscriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur.* Eoque referri debent illa Ulpiani: *Et quidem finita est emptio*, in *l. si fundus 4. in prin. D. de lege commissoria.* quasi dicat: Non videtur actio ex vendito decerni posse, sed præscriptis verbis tantum: quia emptio venditio finita est. Sed quia etiam ut nondum finita considerari potest: ex eo quod lex commissoria, venditionis pars, necdum adimpleta sit; ideò Imperatores rescripserunt ex vendito actionem competere, *d. l. si fundus 4. in prin.* Adhæc finita erat & ut talis æstimari poterat emptio venditio in *l. si vir uxori. 12. D. de præscriptis verbis.* quare juxta illum considerandi modum rectè existimat Proculus in factum judicium reddendum esse. Accedit *l. si convenit. 6. D. de rescindenda venditione*: nam conventio qua placuit ut res quæ venit, si intra certum tempus displicuisset redderetur, considerata ut pars emptionis venditionis efficit, ut hæc nondum finita censeri; ideoque ex empto actio decerni possit: At si venditio tanquam impleta & conventio ei apposita uti in se est perpendatur, pactum est de reddendâ re venditâ si intra certum tempus displicuisset; ex quo actio quidem, sed præscriptis verbis.

Secundum eandem distinctionem intelligi debet quod de condictione in *l. ex empto 11. §. is qui vina 6. D. de actionibus empt.* dicitur. Nam ad recuperationem annuli arrhæ nomine dati ex empto actio quatenus propter emptionem datus est competit: sed quatenus emptio finita est, & apud venditorem annulus sine caussâ est, condicitur. Idem in *l. 2. D. de condictione sine caussa* observandum. Nam si conductio ut necdum finita consideretur, conducti actio fulloni competit: si verò ut finita, condictio. Uti etiam in *l. si quis 4. §. 1. D. de rebus creditis.* Quia soluto universo debito, cum debitori pignoris

condictio conceditur, negocium propter quod res oppignerata erat, ut finitum concipitur. Eodem planè sensu condictio competere dicitur in *l. in duobus 28. §. exceptio 4. D. de jurejurando, l. certi 9. in prin. & §. 3. D. de rebus creditis.*

Quod dixi de emptione venditione alio-ve negocio considerato ut finito; idem statuendum, si verbi gratia emptio venditio considerari possit ut necdum inita: qui casus est *l. Labeo 50. D. de contrah. empt.*. Nam bibliotheca vendita erat sub conditione, si Decuriones Campani locum vendidissent in quo eam emptor poneret; ideoque vendita censeri nequit, quamdiu Decuriones Campani locum non vendiderint: natura enim conditionis est ut negotium suspendat in sui eventum: unde actio venditi competere nequit si forte per emptorem stet quominus id à Campanis impetret; quare præscriptis verbis agendum est. Verùm cum conditio pro purificatâ habeatur respectu ejus per quem stat quo minus purificetur, vendita bibliotheca reputatur, quia conditio purificata censetur, cum per emptorem stet quo minus Decuriones Campani locum vendant, in quo eam poneret, & ita actio ex vendito competit.

Si dicas actionem nominatam veluti empti venditi cum actione præscriptis verbis concurrere non posse; utpotè quæ subsidiaria est, & tantum obtinet cum vel illi locus omnino non est *l. 1. l. 2. l. 3. D. de præscriptis verbis*. vel dubitatur an locum sibi vindicare queat, *l. 1. in prin. D. de æstimatoria*. Porro actionem, verbi gratia, empti venditi bonæ fidei esse; præscriptis autem verbis (exceptâ eâ quæ ex æstimatorio contractu & permutatione est) stricti juris, *§. actionum 28. Instit. de action* ideoque non posse unum idemque negocium utramque actionem parere. ne quod absurdum est, dicere cogamur, unum idemque negocium bonæ fidei & stricti juris esse. Adhæc

hæc ſi præſcriptis verbis actio competit, ineptè ac inſubtiliter tot variis in locis juris noſtri tam operoſè & anxiè quæſitum iri, an præſcriptis verbis: an vero ex empto vendito, locato conducto &c. actio competat, *l. permiſiſti 16. l. rogaſti 19. l. apud Labeonem 20. §. 1. l. ſi tibi. 22. D. de præſcriptis verbis. l. 1. D. de æſtimatoria l. 1. D. ſi menſor falſum modum dixerit, l. ſi fundus 4. in prin. D. de lege commiſſoria. & ſimilibus.* Reſp. hæc argumenta mihi non obſtare. Nam ſecundum duplicem conſiderandi & concipiendi negocia celebrata modum, actionem, verbi gratia, empti venditi ubi concedo, præſcriptis verbis nego: & vice verſâ.

Objicies *l. is qui 13. §. ſi libero 2. D. Commodati*; in verbis: *Nam & Celſus filius ajebat, ſi juſſiſſem eum aliquid facere, vel mandati cum eo, vel præſcripiis verbis experiri me poſſe.* Reſp. actionem mandati competere cum gratuito aliquid faciendum ſuſcepit; præſcriptis autem verbis, cum aliquid viciſſim fit vel promittitur. Poterat etiam addere actionem locati conducti, ſi de mercede certâ in pecuniâ numeratâ convenerit, *arg. l. ſi tibi 22. D. de præſcriptis verbis. §. fin. in fine, Inſtit. de mandato. §. 1. in fine Inſtit. de locatione conduct.*

Objicies *l. ei apud 5. §. in ſequeſtrem 1. D. depoſiti, collatam cum l. ſi gratuitam 17. §. ſi quis. ult. D. de præſcriptis verbis.* Reſp. in ſequeſtrem, depoſiti; in eum verò qui ex cauſſâ ſponſionis aliquid cuſtodiendum ſuſcipit præſcriptis verbis actionem dari: rationem diverſitatis hanc eſſe: quia ille totum reſtituit ei, qui totum depoſuit: at hic victori, qui partem tantum depoſuit, totum; victo autem, qui pariter partem, nihil: quod veri depoſiti naturam excedit. Si dicas idem in ſequeſtro fieri; quod tamen depoſiti ſpecies eſt. Reſp. illud falſum eſſe: ille enim cui Judex rem litigioſam adjudicat, ſolus eam apud ſequeſtrem depoſuiſſe reputatur.

Objicies *l. ait Prætor. 2. §. & naturalem 2. D. de precario.* Resp. interdictum, licet actionis verbo quodammodo contineatur, *l. actionis 37. in fine D. de obligat. & act.* certam tamen & nominatam imò propriè & strictè dictam actionem non esse, sed extraordinarium remedium, quod cum actione præscriptis verbis, quæ etiam extraordinaria & subsidiaria est, benè consistere potest, *l. duo 19. §. ult. D. de precario.*

Objicies *l. legem 9. l. cum res 22. Cod. de donationibus. l. hereditatem 20. D. eodem. l. ult. Cod. de rerum permutat.* Resp. ex pacto incontinenti adjecto traditioni rei donatæ præscriptis verbis actionem oriri: quia ipsa donatio, illo sensu quo à Iustiniano contractus dicitur *l. 17. in prin. Cod. de fide instrumentor.* innominatus contractus est: Imo qui ante Justinianum, si non traditione aut stipulatione firmatus fuisset, nullam obligationem & actionem producebat.

Oppones *l. unic. §. accedit 13. Cod. de rei uxoriæ actione.* Resp. actionem ex stipulatu competere, cum stipulatio interposita est; præscriptis autem verbis, cum ea non intercessit.

In lege *avia 6. Cod. de jure dotium* negocium innominatum celebratur; ideoque præscriptis verbis actio recte ex eo decernitur, *l. 1. l. 2. l. 3. D. de præscriptis verbis.*

Objicies *l. si cum venderet 13. in prin. D. de pignerat. action.* Resp. quod debitori actio ex vendito adversus emptorem competere non potuit: quia non ipse, sed creditor rem oppigneratam sub pacto de retrovendendo distraxerat; (nisi eam ipsi creditor mandaverit) ideoque solutâ, vel oblatâ ritè ac depositâ quantitate debitâ vindicare rem poterit, aut in factum actione adversus emptorem agere. Itaque actio ex vendito cum actione in factum non concurrit: quia, ut dixi, illa debitori jure suo non competit, sed hęc tantum, aut rei vindicatio. quo autem jure vindicatio ei conceditur, suo loco dicetur.

Si di-

Si dicas toties actionem præscriptis verbis dari quoties negotium nomen certum non habet, *l. 1. l. 2. l. 3. D. de præscriptis verbis.* pactum autem incontinenti adjectum nomine carere. Resp. juxta distinctionem supra propositam. Si enim pactum consideretur ut pars negocii quod necdum finitum est, nomen negocii ad ipsum quoque protrahetur, cum ipsi insit. at si negocium ut finitum, & pactum incontinenti adjectum per se spectetur, contractus innominatus erit, ex quo præscriptis verbis actio. At dices quod pactum hoc modo consideratum, nudum sit, quod nullam obligationem & actionem parit, *l. jurisgentium 7. §. 4. D. de pactis.* Resp. illud falsum esse: nam ex tractatu negocii principalis, cui incontinenti adjectum est, constat quod serio deliberatoque animo initum sit.

DUBITATIO XXXVI.

Quænam dicuntur pacta ex intervallo adjecta: quotuplicia: & an obligationem & actionem pariant?

PActa ex intervallo negotiis adjecta dicuntur, quæ postquam contrahentes ad alia digressi sunt, celebrantur, *l. jurisgentium 7. §. quinimo 5. D. de pactis. l. pacta conventa 72. D. de contrah. empt.*

Pacta ex intervallo adjecta duplicia sunt: alia quæ circa naturam & substantiam ipsorum contractuum versantur: alia quæ extra naturam & substantiam circa adminicula tantum, *d. l. jurisgentium 7. §. quinimo 5. cum §. seq. D. de pactis. l. pacta conventa 72. D. de contrah. empt.* Versantur autem circa naturam & substantiam (illa enim duo confundo. nam quæ natura ab Ulpiano in *l. jurisgentium 7. §. 5.* substantia à Papiniano vocatur in *d. l. pacta conventa 72.*) quæ circa ea versantur, sine qui-

bus ipsa negotia non consistunt: uti in emptione venditione merx ex parte venditoris, precium ex parte emptoris, *d. l. jurisgentium 7. §. quinimo 5. D. de pactis. d. l. pacta conventa 72. D. de contrah. empt. l. nec emptio 8. in prin. D. eod. prin. instit. & §. 1. de emptione venditione.* Circa adminicula autem versantur, quæ circa ea quæ vel tacitè ipsos contractus comitari, & quasi ut pedissequæ sequi solent: sicuti emptionem venditionem evictio, ceteraque quæ evictionis nomine fieri solent, *d. l. jurisgentium 7. §. 5. D. de pactis & l. pacta conventa 72. D. de contrah. empt.* vel ex beneplacito contrahentium ipsis contractibus accedunt & superinducuntur: veluti ut emptor precium in certo nummorum genere solvat: ut venditor rem certâ mercede conductam habeat, &c. Hæc pacta quæ circa adminicula versantur iterum sunt in duplici differentia: alia negociis ipsis aliquid detrahunt: alia aliquid addunt, *d. l. pacta conventa 72. D. de contrah. empt.*

Pacta circa naturam & substantiam ipsorum contractuum versantia obligationem & actionem producunt. quapropter si nondum impletis quæ utrinque præstari debent, vel in integrum restitutis, *l. ab emptione 58. D. de pactis*, ex intervallo inter emptorem & venditorem de augendo vel imminuendo precio convenit, recessum à priori contractu, & nova emptio intercessisse videtur, *d. l. pacta conventa 72. vers. An idem dici possit &c.* ex quâ actio empti venditi nascitur, *§. 1. in medio Instit. de empt. vendit. l. ex empto 11. in prin. l. Iulianus 13. §. ex vendito 19. D. de actionibus empti.* Idem confirmat Paulus in *l. si unus 27. §. pactus 2. in medio. D. de pactis*, in verbis: *Idem dicemus & in bonæ fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerat, veluti empti: non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum.* Atque etiam Pomponius in *l. si quam rem 2. D. de rescindenda*

cenda vendit. cum ait: *Si, quam rem à te emi, eandem rursus à te pluris, minoris-ve emero: discessimus à priore emptione.* Et post pauca: *atque ita consistit posterior emptio, quasi nulla praecesserit.* Si dicas eo casu emptionem priorem solummodò reformari & quodammodo quasi renovatum contractum videri, per *l. jurisgentium 7. §. ideo autem 6. in medio. D. de pactis.* Resp. hoc falsum esse: Ulpianus enim, cum de pacto, quo mutatio partis emptionis contingit, loquitur, non de pacto quod circa naturam & substantiam emptionis versatur intelligi debet, sed de eo quod extra eam, *arg. d. §. adeo 6. collati cum §. quinimo 5. vers. idem responsum.* Quod aliquando ad actionem prodest, uti statim patebit.

Pacta, quæ extra naturam & substantiam ipsorum contractuum versantur; si iis, quæ vel tacitè ipsos contractus comitantur, vel inter contrahentes extrinsecus incontinenti adjecta sunt, aliquid detrahant, ad obligationem & actionem etiam prosunt: novum tamen contractum non constituunt, sed negocia quibus adjiciuntur duntaxat reformant & quodammodo quasi renovant, unde iis contineri videntur: ac proinde actiones, quæ ex contractibus ipsis proveniunt, ad ea quoque trahuntur: non minus quam si incontinenti adjecta forent: *l. pacta conventa 72. in prin. D. de contrah. empt.* Et hoc est quod etiam voluit post Pomponium Ulpianus in *l. jurisgentium 7. §. adeò 6. vers. si igitur in totum &c. D. de pactis* in verbis: *quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut & ad actionem proficiat &c.* Ratio hujus decisionis est quod emptor vel etiam venditor re adhuc integrâ continuò rogare præsumantur, quo conditio eorum melior fiat. Quapropter si vel emptor circa ea, quæ extra naturam emptionis sunt, aliquid remittat, vel mutet, quo venditoris conditio melior fit, vel venditor quo emptoris, censetur hoc ipsi emptioni venditioni

tioni inesse; quasi omni tempore & sine ullâ cessatione emptor vel venditor id petiisset. Accedit quod proniora sint jura ad liberandum, & ita detrahendum, quam obligandum & addendum, *l. Arrianus 47. D. de obligat. & action.*

At ea pacta quæ extra naturam & substantiam contractuum versantur & iis aliquid addunt, ex intervallo inita contractibus non insunt: neuter enim rogare vel petere ultra id de quo, eo tempore quo contractus habebatur, convenit & in quod consensit, præsumendus est: unde si nihil aliud concurrat ex quo de serio ac deliberato paciscentis animo constare potest, dicendum est non nisi nudum pactum initum esse, quod quidem ad exceptionem, non tamen ad actionem prodest; & hoc vult Ulpianus in *l. jurisgentium 7. §. quinimo 5. vers. ex intervallo &c. D. de pactis.* Quæ enim pacta ibi enumerat, contractibus aliquid addunt. Accedit Papinianus in *l. 72. in prin. vers. quæ verò adjiciuńt &c. D. de contrah. empt.* Neque obstat quod subjicit: *veluti ne cautio &c.* quia exempla refert eorum quæ adminicula emptionis venditionis sunt, quorum primum detrahit, ac proinde etiam ex parte actoris inest: alterum addit, quod propterea exceptionem tantum producit, *d. l. pacta conventa 72. D. de contrah. empt.*

DUBITATIO XXXVII.

An contractus innominati statim atque initi sunt obligent & obstringant; licet nihil adhuc datum vel factum sit?

Contractus innominati statim atque initi sunt obligant & obstringunt; licet nihil adhuc datum vel factum sit. Primò quia jure Romano ex omni conventione honestâ, quæ serio ac deliberato animo inita est, efficax obligatio nascitur: *uti dubit.* XXXI. Ergo & ex contractibus innominatis. Secundò quam-

quamvis conventio non habeat nomen, ſubſit tamen cauſſa, obligatio efficax naſcitur, *l. juriſgentium 7. §. ſed etſi 2. D. de pactis.* Atqui contractibus innominatis ſubeſt cauſſa, *d. §. ſed etſi 2.* Nam ſtatim atque ineuntur, conſtat de eo quod partes ad contrahendum movit: adeo ut obligatio naſcatur, neceſſe non ſit aliquid datum vel factum eſſe, ſed ſufficiat palam eſſe contrahentes ſerio ac deliberato animo fidem ultro citroque dediſſe, *arg. l. 1. l. juriſgentium 7. §. 7. D. l. penult. Cod. de pactis l. 1. D. de conſtituta pecunia.* Idque innuit Ulpianus *in l. ſolent 15. D. de præſcriptis verbis*, cum ait: *Quod ſi ſolutum quidem nihil eſſet, ſed pactio interceſſit ob indicium, hoc eſt, ut ſi indicaſſet, adprehenſuſque eſſet fugitivus, certum aliquid daretur: videamus an poſſet agere. & quidem conventio iſta non eſt nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, ſed habet in ſe negocium aliquid.* Ipſa hæc ob indicium pactio & promiſſio in ſe negocium habere dicitur & promittentem obligare: ex quâ etiam cum effectu conveniri poteſt, ſi fugitivus indicatus fuerit. Accedit idem Juriſconſultus in *l. dedi tibi 3. §. quinimo 4. D. de condict. cauſſa data cauſſa non ſecuta*, in verbis: *Quinimo & ſi nihil tibi dedi, ut manumitteres; placuerat tamen ut darem: ultro tibi competere actionem, defuncto quoq; eo.* Hęc actio ex obligatione naſcitur; obligatio ex contractu quo placuit ut ille daret, hic manumitteret: Ille quamdiu non dedit contractum non implevit & obligatus manet: uti etiam hic quamdiu nõ manumiſit. Sed quia debitor ſpeciei interitu ejus liberatur, *l. ſi ex legati 23. D. de verb. oblig.* ideo mortuo ſervo, is qui eum manumittere promiſit, eodem modo liberatur ac ſi hominem manumittendo contractum revera impleviſſet, *l. pecuniam 10. Cod. de condict. ob cauſ. datorum.* Unde ſequitur illum quod ipſi promiſſum eſt nec ullo modo debere deſiit, petere adhuc poſſe, *d. l. dedi tibi 3. §. quinimo 4. D. & l. pecuniam 10. Cod. de condict. ob cauſ.*

dator. Interitus itaque servi, non est obligationis caussa, sed conventio. Interitus pro impletione conventionis & liberatione cedit, & tantum efficit, ut jam ex obligatione antè contractâ agi cum effectu possit: uti evenit, quoties res vendita ante traditionem sine facto venditoris perit, *l. 7. in prin. l. necessario 8. in prin. D. l. 1. l. 2. l. 5. Cod. de periculo & commodo rei vendit. §. cum autem 3. Instit. de empt. vendit. l. sicut 12. cum l. seq. Cod. de actionibus empti.* Quia ad hanc rem quod adtinet nulla inter contractus nominatos & innominatos constituenda est differentia.

Opponès *l. Jurisgentium 7. §. quæ pariunt 1. D. de pactis.* in verbis: *Quæ pariunt actiones in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus.* Resp. sensum illorum verborum esse: quod eæ conventiones in primis actiones pariant quæ in nomine suo non stant, sed non solæ eæ: nam præterea actiones pariunt, quæ quamvis in proprium nomen contractus non transeant, subsit tamen caussa, *d. l. jurisgentium 7. §. sed & si in alium. 2. D. de pactis.*

Opponès *d. l. jurisgentium. 7. sed & si 2.* in verbis: *ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares: dedi ut aliquid facias &c.* quasi necesse esset aliquid dari vel fieri, ut contractus innominati ullam obligationem producant. Resp. Jurisconsultum in dictis verbis non tam respicere ad obligationem quam contractus innominati producunt, quam ad actionem quæ ex eâ cum effectu intentari posset: illa enim ut oriatur non requirit ut aliquid detur vel fiat; cum sufficiat ultro citroque fidem certo consilio & contrahendæ obligationis animo datam esse: at hæc ut cum effectu intentari possit omnino postulat, ut is qui adversarium ad implendum contractum convenire cupit, primum ex parte suâ ei satisfaciat. Cur autem ad actionem potius quam obligationem Jurisconsultus respiciat, hanc rationem

nem habet:quod contractus do ut des,do ut facias &c. ex ipsâ conventione quâ ineuntur, nomen non habeant; & tamen cum intelligi debeant,ab eorum impletione appellari consueverint. Hinc si convenerit ut ego rem aliquam tibi darem, & tu servum tuum manumitteres, in communi usu nostri juris rectè initus dicitur contractus do ut facias; licet nihil ego adhuc dederim, vel tu hominem manumiseris.

Objicies *l. 1. §. item emptio 2. D. de rerum permutat.* Resp. cum ait: *Item emptio ac venditio nudâ consentientium voluntate contrahitur.* hoc velle,quod emptio venditio ex solo consensu perfectè consistat, *prin. instit. de empt. vendit.* at non permutatio: ideoque subjicere: *permutatio autem ex re traditâ initium obligationi præbet.* Rectè ex re traditâ initium &c. Ut enim permutatio perfectè consistat, non satis est ultro citroque convenisse, sed insuper necesse est, ut res ultro citroque traditæ sint. Quare si ex unâ tantum parte traditio facta sit,non nisi initium obligationi datum est; non ei quæ ex conventione nascitur: (hæc enim ex fide ultro citroque certo consilio & deliberato permutationis contrahendæ animo datâ consistit) sed ei quæ est secundum negocii perfectionem & omnimodam consummationem. Ecquis negabit si stipulatione intercedente convenerit, ut ego tuam,tu meam rem haberes, obligationem nasci? & tamen negocium illud propriè permutatio, vel etiam secundum perfectionem permutationis obligatio contracta dici nequit: ea enim singulariter requirit ut res ultro citroque intervenerint. Porrò si deliberato animo inter nos convenerit ut mihi pecuniam mutuo dares, obligatio nascitur: & si nihil numeretur, agi ad id quod interest potest, *l. creditores 10. D. de verbor. signif.* in verbis: *Sed si non sit mutua pecunia sed contractus: creditores accipiuntur. l. si pœnam 68. in fine D. de verbor. obligat.* Nec tamen contractum est mu-

tuum: utpotè quod neque ſolo conſenſu, neque etiam verbis contrahi poteſt *prin. Inſtit. quibus modis re contrah. obligat.* Omitto malè pleroſque credere, Paulo in *d. l. 1. §. 2. D. de rerum permutat.* propoſitum eſſe differentiam aliquam inter contractus nominatos & innominatos conſtituere: cum duntaxat permutationem à contractibus, qui ſolo conſenſu ineuntur & nomen ſuum habent, diſtinguere velit. Alioquin dicendum foret mutuum, commodatum, depoſitum, ſtipulationem &c. vel ſolo conſenſu contrahi, vel contractus innominatos eſſe: quod utrumque abſurdum eſt. Eodem modo reſpondeo ad *tit. Inſtit. de obligationibus ex conſenſu*, cum ait: *at nec dari quicquam neceſſe eſt, ut ſubſtantiam capiat obligatio &c.*

Objicies *l. ex placito 3. Cod. de rerum permutat.* Reſp. legem loqui, non de permutatione, nequidem ut jure conventionis conſiſtit, ſed de nudo pacto nudoque tractatu de permutando: de placito inquam permutationis; non autem de duorum vel plurium in idem placitum permutationis conſenſu, atque ita conventione de quâ conſtat quod certo conſilio inita ſit: de quo tamen conſtitiſſet, ſi (aliis mediis atque indiciis deficientibus) traditio rei (ſaltem ex unâ parte) & acceptatio, vel ſtipulatio interveniſſet: ac proinde efficax obligatio contracta fuiſſet: non tamen illa quæ ipſa permutatio dicitur: hæc enim per traditionem ex unâ tantum parte factam; multò minus abſque ullius rei interventu per ſolam ſtipulationem non conſiſtit, *arg. l. 1. §. 2. D. rerum permutat.*

Dices quod locatio & conductio contrahatur nudo conſenſu ſimul ac de mercede pro uſu rei dandâ convenit: atque ut hic ex ſolâ conventione, nullâ re interveniente, oritur obligatio, ita quoque conductor nullo in præſens dato aut oblato experiri cum locatore efficaciter poteſt, ut præſtet frui, quod conductum eſt, licere, *l. 9. l. 15. §. 1. l. ſi fundus 33. l. & hæc*

hæc distinctio 35. D. locati. Quod in conventionibus innominatis secus est. Resp. hoc falsum esse: nam si idem casus resumatur, ac merces pro usu rei danda in aliâ re quam pecuniâ numeratâ ponatur, contractus innominatus erit, & ex eo præscriptis verbis actio, quæ omnibus iisdem casibus intentari poterit, quibus supra locati conducti. Præterea: quid si convenerit ut mancipia mea custodires & pro officio pabuloque tibi iis uti liceat; an non ex hâc conventione præscriptis verbis agere potero, ut custodias? eodem modo & secundum eosdem casus quibus locati vel conducti actionem mihi movere permissum esset, si merces in pecuniâ numeratâ consistens pro custodiâ intervenisset?

Oppones *l. naturalis 5. §. quod si faciam 3. D. de præscriptis verbis.* Resp. quod ibi absque ullâ conventione aliquis quidquam fecerat ut alter qui se daturum simulabat, daret. atqui præscriptis verbis actio non nisi ex conventione oritur, *arg. l. 1. l. 2. l. 3. & tot. tit. D. de præscriptis verbis.* Ideoque cum dolus redarguitur & æquum est decepto succurri, aliâ omni actione deficiente actio doli dabitur, *l. 1. §. ait prætor 4. D. de dolo malo.* Imò quamvis conventio præcessisset, potest tamen is qui ex parte suâ conventioni satisfecit agere de dolo, si persequi velit id quod sua interest re suâ quam dedit carere, vel se fecisse id de quo convenerat: cum si agere velit, ut adversarius quoque contractum impleat, vel id quod interest vicissim dari vel fieri præstet, præscriptis verbis actio movenda est, *arg. l. cum proponas 4. Cod. de dolo malo.*

Objicies quod contractus innominati pœnitudinem admittant, ac proinde nullam obligationem producant. Resp. non omnes pœnitudinem admittere: denique consequentiam planè falsam esse; uti ex sequenti capite constabit.

DUBITATIO XXXVIII.

An contractus innominati à nominatis eo differant quod illi pœnitudinem admittant: hi verò non?

NOn est pœnitudini locus in contractibus qui utriusque gratia æquè principaliter ineuntur, sive nominatis, veluti emptione venditione, *l. 3. Cod. de rescind. vendit. arg. prin. Instit. de emptione vendit. l. contractus 17. in prin. vers. adeo ut nec illud. Cod. de fide instrumentorum*, locatione conductione *l. si de fundo 15. l. si hi 22. Cod. locati l. ex conducto 15. §. 1. D. eod.* (solâ societate exceptâ *§. manet 4. Instit. de societate, l. societatem 4. §. 1. l. actione 65. §. diximus 3. D. pro socio.* ita dictante utilitate & quiete publicâ, quæ ex communione, quæ inter invitos est, turbari solet, *arg. l. cum pater 77. §. dulcissimis 20. D. de legatis 2. l. ult. Cod. communi dividundo*) sive etiam innominatis: veluti transactione. *l. quamvis 39. Cod. de transactionibus.* permutatione, *arg. l. 1. & l. permutationem 2. Cod. de rerum permutat.* At in contractibus qui unius gratiâ magis principaliter celebrantur, permissum est ei, qui quasi caussam solus contractui dedit, ac cujus præcipuè gratiâ initus est, à contractu etiam adversario, qui necdum ex parte sua contractum implevit, invito recedere: dummodo si ex aliqua caussa ejus intersit, indemnem eum servare paratus sit, *l. si pecuniam 5. in prin. & §. item si quis 2. D. de condict. caus. dat. caus. non sec. arg. l. nemo. 75. D. de reg. juris.* Quod procedit nedum in contractibus innominatis: veluti do ut facias, tam ante quam postquam datum est, *l. dedi tibi 3. §. 2. §. quid si ita dedi 3. D. de condict. caussa dat. caus. non secut. l. si pecuniam 5. in prin. §. 1. & seqq. D. eod.* sed etiam nominatis: veluti deposito: permissum enim est deponenti rem suam à depositario adhuc vivo repetere, quam-

quamvis convenerit ne ante ejus mortem repeteret *l. 1. §. si deposuero 45. D. depositi.* Sic etiam mandanti liberum est mandatum revocare: dummodò si quas impensas mandatarius facere inceperit, eas refundat, *arg. §. rectè Instit. mandati. l. si verò non remunerandi 12. §. pen. D. mandati arg. l. si pecuniam 5. in fine prin. D. de condict caus. dat. caus. non secut.* Ratio diversitatis inter contractus qui æquè principaliter gratiâ utriusque celebrantur: & eos qui unius tantùm, vel saltem unius magis principaliter, hæc est. Quod si ab illis adversâ parte invitâ recedere liceret, alteri per alterum iniqua conditio adferretur, contra *l. non debet 74. D. de reg. juris. cap. non debet 22. eod. in sexto l. debitorum pactionibus 25. Cod. de pactis.* ac quod utriusque gratiâ ultrò citroque placuit, ex unius solius voluntate dissolveretur, sæpè magnâ cum alterius jactura. Sed ab his qui unius tantum gratia, vel saltem unius gratia magis principaliter initi sunt, concessum est iis pœnitere & à contractu recedere qui soli primaria contractus caussa fuére, & quarum contemplatione alii ad contrahendum processerunt: mandatum enim à mandatario præcipuè mandantis contemplatione suscipitur, cum sit gratuitum, *l. 1. §. mandatum 4. D. mandati.* uti etiam depositum, *l. 1. §. si vestimenta 8. cum §. seq. D. depositi.* Nec non contractus Do ut des, do ut facias &c. Licet enim hi utriusque gratia iniri videantur; attamen principaliter illius contemplatione celebrantur qui dat ut alter det: qui dat ut alter faciat &c. Ita ut cum illius interesse desinit ab alio vicissim dari vel fieri, possit quod ipse dedit repetere. neque ullum ex eo incommodum alter sustinet, cum non nisi gratia & contemplatione illius, qui prima contractus caussa extitit, ad vicissim promittendum prosilierit, & si quid sua interesse cœperit, indemnis servetur, *d. l. si pecuniam 5. in fine prin. D. de condict. caus. dat. caus. non secut.*

Si

Si dicas permutationem nec non transactionem utriusque gratia æquè principaliter contrahi & tamen pœnitudinem admittere. Resp. hoc falsum esse. Duntaxat constitutum est, quod si ex adversa parte conventio non impleatur, permissum sit illi qui ex parte sua ei satisfecit non solum agere ut vel fides placiti servetur, vel id quod interest præstetur, *l. naturali* 5. §. 1. *&* 2. *D. de præscriptis verbis. l. cum mota* 6. *Cod. de transact.* sed etiam ut quod dedit ei restituatur, *l. cum precibus* 4. *in fine Cod. de rerum permutat.* Quasi cum ex adversa parte contractus non impletur, etiam ipsi, si velit, permissum sit rem suam repetere & à contractu resilire. Quod in emptione venditione receptum non est. Nam si venditor mercem tradidit, nec emptor precium solvere velit, actionem tantum ad precium & usuras habet, non autem ut repetat quod tradidit, *l. incivili* 12. *Cod. de rei vindicat. l.* 3. *Cod. de contrah. empt. l.* 6. *Cod. de rescind. vendit.* Ratio diversitatis est, quod facilius ac contractu necdum ad summam perfectionem deducto recedere liceat, quam deducto; permutatio autem ultimam suam perfectionem non habeat nisi rebus ultro citroque traditis; quam tamen habet emptio venditio ex solo consensu, *prin. instit. de empt. vendit.*

Dices cum Antonio Fabro *ad l.* 5. *in prin. D. de condict. caus. dat. caus. non sec.* relinquisque Interpretibus, longè melius, ad pœnitendi facultatem quod attinet, distingui inter contractus nominatos & innominatos, ut illi pœnitudinem admittant: hi verò non. rationemque diversitatis in eo poni, quod in contractibus innominatis, verbi gratiâ, do ut facias, nulla obligatio contrahatur, nequidem postquam datum est, si modò nihil adhuc factum sit; ideoque ab obligatione, utpotè nondum contractâ, adversario inuito non recedatur: perpetuòque vera sit nec ullam prorsus exceptionem patiatur regula quæ dictat

dictat neminem posse ab obligatione semel constitutâ & in se susceptâ adversario non consentiente discedere, *l. 5. Cod. de obligat. & action.* Resp. non eo contractus nominatos ab innominatis differre. Nam in *l. cum in plures. 60. §. mandavi. 4. D. locati.* contractus nominatus est & in eo pœnitudini locus. Alius iterum in *l. cum te fundum 6. Cod. de pactis inter emptorem & vendit. compos.* Iterum alius in *l. 1. §. si deposuero 45. D. Depositi. Cost alius ad l. in commodato 17. §. sicut autem. D. commodati.* Insuper procuratorem ad litem, etiamsi per contestationem Dominus litis factus sit, *l. 22. cum l. seq. Cod. de procuratoribus.* dummodò famæ ipsius prospiciam, atque indemnem servem, revocare, si me eum constituisse pœniteat, possum, *§. recte. Inst. de mandato. l. ante litem 16. cum multis seqq. D. de procuratoribus.* Revocatio procuratoris ad negocia minus habet dubii, *d. §. recte. Inst. de mandato.* Porrò si inita societas est, convenitq; ut ea saltem ad quinquennium duraret; biennio exacto si malim eam non iniisse, possum ex pœnitudine ab eâ recedere, etiam socio vel sociis invitis, *§. manet 4. Instit. de societate. l. societatem 4. §. 1. l. actione 65. §. 3. D. pro socio.* Repones forsitan circa posteriores duos casus quod qui mandavit non obligetur præcise pati ut mandatum executioni finique suo tradatur: vel qui societatem iniit in eâ invitus manere. Resp. hoc provenire præter tenorem contractus initi constitutæque inter contrahentes obligationis ex facultate pœnitendi, quæ in ejusmodi contractibus obtinet. Ecce: qui sponsalia contrahunt, id eo voto & animi inclinatione faciunt, ut postea vir & uxor fiant, *arg. l. 1. D. de sponsalibus.* Et tamen in *l. 1. Cod. de sponsalibus* hæc verba habentur: *Alii desponsatæ renuntiare conditioni & nubere alii non prohibentur.* uti & in *l. 2. in fine Cod. de repudiis* hæc: *cum posset nuntium remittere etiamsi præsente illo consilium mutare voluisset.* Quare dico hoc ex pœnitudine super-

 perve-

perveniente præter intentionem quam ab initio partes habebant & obligationem quam contraxerunt provenire. Idem dico, si enormiter quis ex contractu aliquo læsus sit: hic enim obligatus est & quidem efficaciter; attamen eum pœnitere negocii ita gesti potest & ex lege secunda *Cod. de rescind. vendit.* agere. Uti & minor, qui interveniente auctoritate tutoris vel curatoris sui contraxit, pœnitudine propter aliquam læsionem ductus in integrum restitutionem petere, *tot. tit. D. de minoribus & Cod. de in integrum restitut. minor.* qua tamen, si efficaciter obligatus non esset, non indigeret, *l. in caussæ 16. in prin. D. de minoribus.* permissumque in hoc nostro Belgio ex constitutione Caroli V. Imp. à quocunque contractu in popinis inito intra viginti quatuor horas ei quem contraxisse pœnitet recedere; qui tamen ideò non contraxisse & obligatus fuisse dici non potest. Denique si libertum pœniteat quod patronum non petita venia in jus vocaverit actionemque remittat, pœnam nullam debet, *l. quamvis 11. D. de in jus vocando.* an propterea retroversum ad pœnam obligatus non fuerit? E contrariò inter contractus innominatos pœnitudinem non admittit ille, quo aliquo dato retento vel promisso à lite receditur, & vulgò transactio dicitur, *l. quamvis 39. Cod. de Transact. & ibi D.D.* non tam favore imminuendarum litium, uti passim tradit Bartolus, quam quia utriusque litigatoris gratiâ æquè principaliter initur. Neque etiam pœnitentiæ locus est in permutatione *l. 1. & l. 2. Cod. de rerum permutat.* Neque hoc contractu: *Do decem si vadas pro me Romam*, reliquisque eodem vel simili modo conceptis *cap. verum ext. de conditionibus appositis. Bart. Ang. & Fulgosius in l. si quis cum D. de jurejurando. Costalius ad l. si pecuniam 5. D. de condict. causs. dat. causs. non sec.* aut etiam cum inter partes convenisset, ne pœnitentiæ ulli locus sit, ubi alioquin locum sibi vindicaret, *l. si*

alie-

alienam 13. §. 1. D. de mortis cauß. donat. Costalius add. l. si pecuniam 5. Quid si fulloni ex duobus vestimentis unum dederim ut aliud poliret? Quid si tibi equum dederim ut mihi per anni spacium tuo fundo uti liceret, erit-ne pœnitudini locus? Porro quæ condictio vel pœnitentia in contractu facio ut facias; vel etiam facio ut des obtinebunt? an facta condici poterunt? Et quod factum est pro infecto haberi? contra *l. si non sortem 26. §. libertus 12. D. de condict. indebit. l. in bello. 12. §. facti 2. D. de captivis & postlim. reverß. l. qui ea mente 65. D. de furtis.* Transeo ad distinctionis rationem, quæ ut ipsa distinctio etiam nulla est. Nam contractus innominatos vi solius conventionis serio deliberatoque consilio initæ efficacem obligationem producere dubitatione superiori probavi. Neque dubito quin cum Interpretes hoc modo ratiocinantur: *Contractus innominati pœnitudinem admittunt, quia ante vel etiam postquam datum factum-ve est id de quo convenit, si modo ab adversa parte nihil adhuc datum aut factum sit, obligationem nullam pariunt.* Longe melius & verius possim contrarium asseverare: nempe obligationem omninò eos parere qui pœnitudinem recipere dicuntur. Nam pœnitere hoc loco is propriè dicitur, qui sententiam priorem mutat, & cum contraxit, seque obligavit, mallet non contraxisse, iterumque ab obligatione constituta liber esse. Quemadmodum etiam in Theologicis pœnitentia peccatum, & ex eo, præter divini Numinis offensam, obligationem ad pœnam præsupponit, *can. pœnitentia 4. distinct. 3. de pœnitentia can. ecce nunc tempus 39. in fine. De pœnitent. distinct. 1. can. 1. & 6. d. distinct. 3.* Quod dicitur neminem posse ab obligatione semel constituta & in se suscepta adversario non consentiente discedere, *l. sicut 5. Cod. de obligat. & action.* ex facultate pœnitendi (in illis nempe contractibus in quibus eam obtinere jam probavi) non in-

fringi-

fringitur. quia ab obligatione semel constituta & in se suscepta adversario invito discedere non recte ille dicitur, qui (quod hic sufficit) adversarium omninò indemnem servat, quodque sua interesse cœpit præstat, atque tali modo se ab obligatione liberat, *l. si pecuniam 5. in prin. & §. item si quis 2. D. de condict. causs. data causs. non sec.* cum nemo consilium cum alterius injuria mutare queat, *l. nemo potest 75. D. de reg. juris.* Quod si adversarii nihil intersit, quid habet quod conqueratur? *arg. l. si ita quis 135. §. Seja 2, in fine. D. de verb. obligat. l. & si post tres 8. D. si quis cautionibus &c. l. utique 22. D. de receptis qui arbitrium &c.*

DUBITATIO XXXIX.

Quid intelligitur nomine caussæ in l. jurisgentium 7. §. sed & si 2. & §. sed cum nulla 4. D. de pactis?

CUm ait Ulpianus *in l. jurisgentium 7. §. sed etsi 2. D. de pactis* non solum eas juris gentium conventiones obligationem & actionem parere, quæ in proprium contractus nomen transeunt, sed etiam quæ caussam habent. Deinde in *d. l. Iurisgentium 7. §. sed cum nulla 4.* nullam obligationem ex conventione constitui cui nulla subest caussa: Quæritur quid appellatione caussæ intelligi debeat? Scio quod verbum sit πολύσημον, uti patet ex infinitis legibus collectis à Lexicographis, Brissonio aliisque *in verb. caussa.* Verum in *d. l. Iurisgentium 7. §. 2 & 4.* sumitur pro eo quod paciscentes ad contrahendum movit: quod certum animi deliberati signum est: ita ut omninò constet paciscentes non temerariâ facilitate vagum & vanum aliquem sermonem instituisse, sed certo consilio convenisse, *d. l. Iurisgentium 7. §. sed cum nulla 4.* in verbis: *sed cum nulla subest caussa propter conventionem &c.* Uti Pande-
ctæ

ctæ Florentini & castigatissimæ quæque nostri corporis editiones habent: veluti Russardi, Pacii, Gothofredi; & ex vetustioribus, Blaublommii aliorumque. Quod si cum Taurello atque etiam Charondâ textum hoc modo distinguere velis: *sed cum nulla subest caussa, propter conventionem &c.* Vel audacius cum Alciato ita legere: *sed cum nulla subest caussa præter conventionem &c.* hæc erit legis sententia: Cum nulla subest caussa, quâ partes ad contrahendum moveri potuissent, nec ullum adest deliberati animi signum; licet aliqua conventio intercesserit, illa tamen ad producendam obligationem non sufficiet: *Igitur nuda pactio &c.*

Admissâ hâc interpretatione caussas præcipuarum conventionum ex quibus obligationes nascuntur, reperiri in promptu est. Caussa emptionis venditionis est quod venditor pro merce malit nummos, emptor pro nummis mercem *arg. l. 1. D. de contrah. empt.* Locationis conductionis, quod locator pro usu rei vel operis quas locat mercedem: conductor verò pro mercede usum rei vel operas, *arg. l. naturalis 5. §. at cum do. 2. D. de præscriptis verbis.* Mandati, quod declarem mea interesse, ut aliquid fiat, quod faciendum alius libens volensque suscipit, *arg. l. 1. in prin. & §. ult. D. mandati.* Depositi, quod petam rem meam custodiri, quam propterea alius custodiendam accipit, *l. 1. in prin. D. depositi.* Contractus pigneratitii, quod creditor velit in tuto creditum esse, & debitor pecuniam ei credi, *§. ult. Instit. quibus modis re contrahit. obligat.* Societatis, quod uterque majorem & uberiorem quæstum collatis rebus vel operis se sperare declarent, *l. 1. & l. 7. cum similibus. D. pro socio.* Commodati quod usu alicujus rei indigeam, quam tu mihi utendam ad certum modum & tempus concedis, *§. item is 2. Instit. quibus modis re contrahitur obligatio.* Constituti, quod ad præcedens debitum se referat, quod

promissionis caussa est, ac sufficiens deliberati animi signum, *§. de constituta 9. Instit. de actionibus.* Permutationis caussa est, quod malim rem tuam quam meam, & tu meam quam tuam, *l. 1. in prin. & §. 1. D. de contrah. empt.* Transactionis, ut à controversiâ vel lite recedatur, *l. in summa 65. §. 1. D. de condictione indebiti.* Contractuum, qui ab impletione do ut des, do ut facias &c. dicuntur, caussa est, quod mea intersit aliquid à te dari vel fieri; ideòque susceptâ conventione, ultrò primus do vel facio, *arg. l. naturalis 5. §. 1. 2. & seqq. D. de præscriptis verbis.* Donationis (qui etiam contractus dicitur in *l. contractus 17. Cod. de fide instrumentorum*) caussa est deliberata exercendæ liberalitatis voluntas, *l. si quis argentum 35. §. ult. Cod. de Donationibus.*

Ex his constat errare illos qui in contractibus nominatis nullam esse caussam antumant: nomen enim cujus meminit *l. jurisgentium 7. §. 1. D. de pactis*, caussam non excludit sed includit: Idque ex *§. sed cum nulla 4. d. l. Iurisgentium 7.* colligi potest: ubi conventiones quæ nullam caussam habent nudæ dicuntur, ac iis quæ nudæ non sunt opponuntur; eæ autem sunt omnes tam nominatæ quam innominatæ, *d. l. jurisgentium 7. §. 1. & 2. D. de pactis.* Ut mittam stipulationem nominatum contractum esse, & tamen si caussam non habeat per exceptionem doli mali enervari, *l. palam 2. §. circa 3. D. de doli mali & metus except.* Præterea, si caussa sit datio vel factum (uti hi volunt) contractus nominati qui re ineuntur; veluti mutuum, commodatum, &c. caussam habere debebunt.

Accursius ad *d. l. Iurisgentium 7. §. 2.* quem communis schola hactenus secuta est, caussam definit *dationem vel factum ex quo vestiatur pactio.* Enimverò dationem vel factum obligationis caussam non esse apparet primùm ex eo quod caussa conventioni subesse dicatur, *d. l. jurisgentium 7. §. 2. & 4.*

Unde

Unde caussa præcedit, & tanquam effectus sequitur conventio, quam iterum sequitur datio vel factum : datur enim vel fit, quia ita convenit : ita ut ipsa datio vel factum non sit principium obligationis; sed obligationis per conventionem constitutæ implementum.

Secundò datio vel factum per se consideratum nullam obligationem inducere potest; nisi fortè ad restitutionem accepti, *tot. tit. D. & Cod. de condict. indebit.* Ergo ut accipiens vicissim aliquid dare vel facere cogatur non ex datione vel facto, sed conventione provenit: quæritur enim hic de obligatione ex consensu duorum vel plurium proveniente, *arg. l. 1. §. 2. & 3. l. jurisgentium 7. §. 1. & seqq. D. de pactis.*

Tertiò datio vel factum ex parte ejus qui dat vel facit obligationem tollit. *prin. Instit. quibus modis tollitur obligat.* Est enim obligatio juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ secundum nostræ civitatis jura, *§. 1. Instit. de obligat.* Unde dici non potest, quod is qui primus dedit vel fecit, initium obligationi præbuit, & cum alter vicissim dat vel facit tota obligatio ponatur. Quia tali ratione modi tollendarum cum modis constituendarum obligationum confunderentur. Longè convenientius est statuere obligationem ex mutuâ conventione nasci : dationem autem vel factum intercedere, ut illi conventioni satisfiat.

Quartò contractus, qui ab impletione do ut facias dicitur, caussam habet *l. jurisgentium 7. §. 2. D. de pactis.* Et tamen quamvis nihil dedi ut manumitteres, placuerat tamen ut darem, obligatio oritur, *l. dedi tibi 3. §. quinimo 4. D. de condict. causs. data caus. non sec.* Ne dicas obligationem initium sumpsisse ab interitu servi: Quia servi interitus non ad obligationem sed actionem cum effectu intentandam refertur : ita ut servi interitus pro impletione contractus & obligationis ex

eo natæ solummodò cedat. quasi diceret Jurisconsultus: Etsi nihil tibi dedi ut manumitteres, placuerat tamen ut darem, contractus, qui ab impletione vocatur do ut facias, initus est; ex quo contractu statim obligatio nascitur; licet ex eâ obligatione actionem cum effectu intentare & quod promissum est petere nequeat servi Dominus, nisi primùm ex parte suâ conventioni satisfecerit & hominem manumiserit: si tamen homo sine ejus facto interierit, quia debitor speciei interitu ejus liberatur, *l. si ex legati 23. D. de verbor. obligat.* poterit ille interitus pro contractus impletione cedere. Porrò si obligatio initium sumpserit ex servi interitu, ecquid post eum ex adversâ parte intervenit, ex quo ipsa vicissim obligaretur? Jurisconsultus enim negocium, de quo nunc sermo est, contractum vocat, *d. §. quinimò 4.* qui sine consensu ut minimum duorum non constituitur, *arg. l. 1. §. 2. & 3. D. de pactis l. 3. D. de pollicitat.* Dicendum ergò adversam partem ex conventione suâ obligatam fuisse: conventionem præcessisse servi interitum, & ita minus rectè initium obligationis in servi interitu collocari: ac proinde caussam non esse ipsam dationem vel factum. Licet verum maneat, quod nemo cum effectu ex ullo contractu agere possit; nisi qui primùm ei satisfecit. At obligatio res diversa est ab actione. Tandem huc quoque referenda est *l. solent. 15. D. de præscriptis verbis*, cum ait: *Quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium: hoc est, ut si indicasset &c.*

Quintò caussa à datione vel facto manifestè distinguitur: ita enim Ulpianus: *Sed & si in alium contractum res non transeat, subsit tamen caussa: eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem: ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares: dedi ut aliquid facias &c. d. l. jurisgentium 7. §. 2.* Ubi caussa non ponitur in illis verbis, *dedi tibi rem.* sed in his: *ut mihi aliam dares:*

ut aliquid facias. Idem innuit inſcriptio in Digeſtis: *De condictione cauſſa data cauſſa non ſecuta:* Uti etiam Codice: *De condictione ob cauſſam datorum.* Accedit, præter varias leges titulis illis ſubjectas dicta lex *ſolent 15. D. de præſcriptis verbis*, cum inquit: *quare qui accepit: quia ob cauſſam accepit, nec improbam cauſſam: non timet condictionem.*

Sextò, ut obligationem ſtipulatio producat, dationem vel factum non requirit *l. 1. in prin. D. de verbor. obligat. prin. Inſtit. & §. 1. eod.* Et tamen niſi ſtipulationi cauſſa ſubſit, poteſt qui ex ea agit per exceptionem doli mali repelli, *l. palam 2. §. circa primam 3. D. de doli mali & metus except.*

Septimò, ſi datio vel factum obligationis cauſſa eſſet, non poſſet contractus permutationis abſque ullius rei interventu per ſolam ſtipulationem iniri, contra *l. ex placito 3. Cod. de rerum permutat.*

Octavò, ſi convenerit ut jumenta mea ſerves ac pro cuſtodiâ & pabulo illis tibi uti liceat: ex hâc ſolâ conventione non tantum obligaris, ſed etiam præſcriptis verbis actione conveniri potes ut jumenta cuſtodias, quamvis nihil ex parte meâ intervenerit, *arg. l. 1. §. ſi quis 9. D. depoſiti.* Ecquis dicet hunc contractum & infinitos ſimiles, quorum ſpecies facilè formari poſſunt, cauſſâ carere?

Dices quod datio vel factum ſaltem cauſſa ſit obligationis quæ eſt ſecundum perfectionem contractus, *arg. l. 1. §. 2. D. de rerum permutat.* Reſp. quod in *d. l. 1. §. 2.* dicitur: *permutatio autem ex re traditâ initium obligationi præbet.* nihil aliud innuere, quam ſi inter nos convenerit, ut ego tuam, tu meam rem haberes, conventio quidem illa non ſit ea quæ ſtrictè permutatio dicitur; quamvis ejus vi contrahentes ad permutandum teneantur: Quia autem permutatio ipſa in traditione rerum de quibus convenit ultrò citroque factâ conſiſtit: ideo

prima traditio impletio ſit conventionis initæ & initium ejus quod propriè & ſtrictè permutatio dicitur.

Oppones quod in contractibus innominatis adeò per cauſſam datio vel factum intelligatur, ut nequidem in iis (ſecus in nominatis) oblationi locus ſit. Reſp. hoc erroneum eſſe. Si enim inter nos convenit, ut ego tibi Stichum darem, & tu Pamphilum manumitteres, ac juxta conventionem initam Stichum obtulerim nec accipere volueris, ad manumittendum nihilominus conveniri poteris, datâ à Prætore hâc vel ſimili formulâ: *Si paret inter Lucium Titium & Sempronium conveniſſe ut ille Stichum daret & hic Pamphilum manumitteret, oblatoque legitimè ſervo per Sempronium ſtet quo minus accipiat & Pamphilum manumittat, tum Sempronius damnetur.*

Objicies quod cauſa, uti à me exponitur, etiam in pactis nudis reperiatur, *l. cum proponas 21. Cod. de pactis. l. ſive apud 28. Cod. de tranſaction. l. 3. Cod. de rer. permutat.* quibus tamen cauſſa ſubeſſe negatur, *l. juriſgentium 7. §. 4. D. de pactis.* Reſp. textus allatos illud non probare. Nam in *l. ſive apud 28. Cod. de tranſact.* nudum pactum interpoſitum non erat; licet Sapparitæ adverſarius hoc contendebat. In ſpecie legis *cum proponas 21. Cod. de pactis* conventio inita erat omni deliberatæ voluntatis ſigno deſtituta (ut nequidem ſcriptura intervenerit) ideoque nuda: in verbis autem, *& tranſactionis cauſſâ probari poſſit &c.* non tam de cauſſâ conventionis, quam retentionis & exceptionis agitur, quas pactum nudum ex ſe & per ſe non parit; ſed vel traditio, vel etiam (uti hoc loco) poſſeſſio conventionem ſecuta: adeo ut pro quantitate vel modo ejus quod traditur poſſidetur-ve nudum pactum quaſi nudum eſſe deſinat. In lege *ex placito 3. Cod. de rer. permutat.* neque permutatio neque de permutando conventio celebrata ſeriò erat. Dicebatur placitum permutationis interveniſſe;

at

at non consensus duorum plurium-ve in idem permutationis placitum; adeòque non illud, ex quo constabat partes deliberato consilio contrahere voluisse.

Objicies, quod si hæc, quam dixi, caussa nominetur, nulla competeret dati repetitio, ubi alter dare vel facere recusaret, *l. damus* 52. *D. de condict. indebiti.* Resp. hoc falsum esse. Ad oppositam legem quod adtinet, sciendum est in eâ de caussâ quâdam præteritâ non obligatoriâ agi, *arg. l. si ita legatum* 12. *in fine D. de condit. & demonstrat. l. in summa* 65. §. *is quoque* 2. *D. de condict. indebit. Bartolus & Ant. Faber ad d. l. damus* 52. quæ à nostra caussa diversa est, uti ex supradictis constat.

Pacius *ad l jurisgentium 7. §. 1. D. de pactis.* caussam definit. *vim illam cuicunque actui à jure tributam, unde oritur obligatio & actio.* Non nemo: *Negocium à jure civili electum & approbatum.* Sed utrumque juxta in obscuro est. Denique vis quam jurisgentium contractus ad producendam obligationem habent, non ex jure civili, sed eo quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, petenda est: unde etiam contractus illi jurisgentium dicuntur ex eo quod apud omnes populos recepti eandem vim habeant, atque semper habuerint, §. 2. *in fine Instit. de jure nat. gent. & civil. l. ex hoc jure 5. D. de justitia & jure arg. §. singulorum 11. Instit. de rer. divis.* etiam ante jacta urbis Romæ fundamenta: uti ex libris Moysis, Homeri Iliadibus aliisque patet. Satis fuit quod populus Romanus eorum vi ob justam aliquam caussam nihil detraxit: & si fecisset, hi contractus non juris gentium, sed civilis dicti fuissent, *arg. l. jus civile 6. in prin. D. de justitia & jure.* Nihil obstat §. 1. *Instit. de obligationibus.* Quia etiam illæ obligationes à jure civili vel prætorio constitutæ comprobatæ-ve dicuntur, quæ à neutro improbatæ sed in suo vigore relictæ sunt: ne alioquin dicere cogamur nulla juris naturalis vel gentium dictamina nos cum

 effectu

effectu obstringere, nisi quorum mentio in libris nostri juris facta est: cum hæc admodum exigua sint, & nihil certius quam illa penè infinita esse, & fortius quam ulla jura civilia obstringere; utpote ab ipso Deo præscripta, &, ne ullo modo obliterarentur, cordibus omnium hominum insculpta sunt, *arg. §. pen. Instit. de jure nat. gent. & civil.*

Præterea si contractus innominatus initus sit & datio intervenit, verè dicitur huic actui tributa à jure vis unde obligatio & actio oritur, initumque negocium à jure civili electum & approbatum, *arg. l. jurisgentium 7. §. sed etsi 2. D. de pactis* & tamen præ actione præscriptis verbis qua agitur ut contractus fides servetur, vel id quod interest præstetur, *l. naturalis 5. §. 1. 2. & 5. l. si tibi 7. l. si Dominus 8. l. ult. D. de præscriptis verbis*, eligi potest condictio ejus quod datum est: quia caussa non est secuta, *d. l. naturalis 5. §. 1. l. si tibi 7. D. de præscriptis verbis. l. 1. §. ult. D. de rerum permutat. l. 4. in fine Cod. eod. tot. tit. D. & Cod. de condict. caussa data caussa non secut.* Unde sequitur quod caussa non sit ea vis à jure civili tributa: multo minus negocium illud de quo loquuntur.

DUBITATIO XL.

An pacta futuræ successionis valeant; & inprimis ea, quæ sunt de futurâ hereditate acquirendâ?

QUoniam circa futuræ successionis pacta jus civile varie exponi, cum jure Canonico vel etiam feudali committi, aut conciliari: quinimo variis modis impugnari soleat: quid de totâ hâc re statuendum paucis efferam. Et quidem pactum quod de succedendo futurâque hereditate acquirendâ est non subsistere ex eo constat, quod paciscentes contra bonos mores & jus gentium festinent: cum enim mors omnes tam juve-

juvenes quam ſenes æqualiter maneat, ſceleſtum eſt ſeſe communi fato ſubducere & proximum ſuum ad orcum præmittere; quinimò cogitatione ſuâ ſingulis quaſi momentis eum occidere, atq; ita mentalis homicidii reum fieri, *l. donari 29. alias incipit, Quidam §. donationem. D. de donationibus. l. ſtipulatio 61. D. de verbor. obligat.* Qua propter ejuſmodi pacta votum captandæ mortis, quod plenum eſt, triſtiſſimi & periculoſi eventus inducere dicuntur, *l. ult. Cod. de pactis.* Nec non improborum numero haberi quicunque de hereditate viventium ſolliciti ſunt, *l. moribus 2. §. interdum 2. D. de vulgari & pupillari. l. ita tamen 27. §. à patre 4. D. ad SC. Trebellian.* & præmaturam ſpem fovere, *l. 1. §. ſi impubere 21. in fine. D. de Collation. bonor.* Ut prætercam quod jus ſuccedendi ſit ex jure publico, id eſt, legibus, *l. 3. D. qui teſtam. facere poſſ. l. verbis legis 120. l. lege 130. D. de verbor. ſignif.* quibus vis ac injuria fieret, ſi vel teſtandi libertas pactione aliquâ conſtringeretur, vel impediretur ab inteſtato ſuccedere, quem leges vocant: tritum autem illud ſit: privatorum pactis juri publico derogari non poſſe, *l. jus publicum 38. D. de pactis l. Neratius 20. D. de religioſ. & ſumptib. funer. l. 1. §. ſi inter. 9. D. de Magiſtratibus conveniendis. l. quod bonis 15. §. 1. D. ad legem falcidiam. l. Cerdonem 42. D. de operis libertorum.* Cui accedit quod pactiones illæ de re fiant quæ in rerum naturâ non eſt, *l. 1. D. de hereditate vel actione vendita. l. qui ſuperſtitis 94. D. de acquir. vel omitt. hereditat.*

Objicies *l. ea verò 3. §. de illo 2. D. pro ſocio.* Reſp. ibi principaliter ſocietatem contrahi: de hereditate juſtâ acceſſoriè duntaxat & in conſequentiam. nam paragraphus ſecundus ad paragraphum præcedentem referri debet; quaſi dicat Paulus: Quid ſi ſocietas omnium bonorum ita coïta ſit, ut, ſi qua juſta hereditas alterutri obvenerit, communis ſit. Quemadmodum

 etiam

etiam de hereditate quâlibet futurâ actum censetur, quoties societas omnium bonorum tam præsentium quam futurorum contracta est, *l. ea verò 3. §. 1. D. pro socio. §. manet autem 4. Instit. de societate.* At multa quæ per consequentiam facta sunt, valent, quæ directè facta nullius momenti sunt, *l. 1. l. quod dicimus 7. in prin. D. de auctoritate & consensu tutorum. l. nonnunquam 52. D. de condition. & demonstrat. l. si unus 27. §. illud nulla 3. D. de pactis.* Scio plerosque respondere in *d. l. ea verò 3. §. de illo 2. D. pro socio.* agi de hereditate incerti. At quamvis incertus non tantis periculis subjaceat, quibus certus; vix tamen est ut minoribus subjiciatur quam ille de quo Justinianus à Cæsariensi Advocatione interrogatus erat in *l. ult. Cod. de pactis.* Quinimò vehementer dubito an non ille de cujus hereditate agitur in *d. l. ea verò 3. §. de illo 2.* potius non nominatus, non expressus, quam incertus dicendus sit: cum illi quorum hereditates nobis ab intestato obventuræ sunt, certi proculdubio sint ac continuò cogitationem nostram subeant: ita ut interrogati facile illos designare possimus. Et sanè si liceat de incerti hereditate viventis directè & principaliter pacisci, nunquam non pacisci licebit: cum enim patrem provectæ ætatis superstitem habes, ages cum Sempronio, ut, si quæ justa hereditas tibi obvenerit, illa ipsi pro precio, quod tibi prærogavit, cedat.

Objicies *l. quidam 132. in prin. D. de verbor. obligat.* Resp. uti *ad l. ea verò 3. §. 2. D. pro socio.* Nam ibi principaliter convenerat, ut is qui filium suscipiebat, eum ut filium observaret; in consequentiam tantùm contingebat quod heredem eum instituere debebat. Alioquin arrogatio pactum futuræ successionis esset; cum arrogatus institui vel ut oportet exheredari ab arrogatore debeat: sed quia hoc in consequentiam solummodò agitur, nihil turpitudinis ea continet.

Idem

Idem plane respondeo ad *l. venditor. 2. §. illud potest quæri 2. D. de hereditate vel actione vendita.* Quia principaliter venierat hereditas jam delata: pupilli adhuc viventis hereditas in consequentiam duntaxat veniebat. Vel, si velis, potes vocem *maximè* in textu positam interpretari pro *utique*: ut sit sensus: Impuberis hereditatem etiam in venditionem venire, utique si jam delata sit.

Ad legem *si quis servum 23. D. de action. empt.* Respondeo cautionem super hereditate liberti ideò solum interponi, quia hæc in æstimationem ejus quod interest, quod venditor emptori præstare debebat, veniebat: Præstationem ejus quod interest principale negocium esse: hereditatem liberti solummodò per consequentiam adtendi.

Idem etiam possum respondere *ad l. non aliter. 18. D. & §. cum autem 3. Instit. de Adoptionibus.* Principale enim negocium est arrogatio; atque in consequentiam ejus duntaxat contingit, ut cautionem de hereditate impuberis, si intra pubertatem moriatur, restituendâ præstet. Sed præterea video cautionem illam non urgere, neque fieri iis, qui, si arrogatio facta non fuisset, ad hereditatem venturi essent, sed personæ publicæ, *d. §. cum autem 3. Instit. de Adoption.* qui servus publicus dicitur in *d. l. non aliter 18. D. de Adoptionibus.*

Porrò nihil adversatur *l. jurisgentium 7. §. penult. in fine D. de pactis.* Quia filius cum creditoribus paternis non paciscitur de hereditate patris: sed ære alieno quo pater eis tenebatur, ut ita honori atque existimationi patris consuleret.

Nihil etiam obstant, *§. ult. Instit. de legitima agnat. success. §. sed eas quidem 4. vers. cum enim præfata. Instit. de bonor. possess.* Quia omnis emancipatio hodie à patre naturali contractâ fiduciâ fieri intelligitur, ita dictante Justinianæâ constitutione. Verum quidem est quod olim conventione contrahebatur;

batur; ſed in conſequentiam duntaxat emancipationis. Deni que conventio illa non principaliter ad liberorum hereditatem obtinendam, ſed ad patriam poteſtatem ſpectabat.

Facilis reſponſio eſt ad *tit. D. & Cod. de hereditate vel actione vendita*. Quia loquitur de hereditate defuncti: de hereditate jam delatâ: non autem hominis viventis ſeu futurâ: uti ex ſubjectis textibus conſtat.

At objicies *l. nam hoc modo 11. D. de heredit. vel act. vend.* Reſp. illa verba: *ſi qua ſit hereditas, eſt tibi empta.* nihil aliud velle quam emptionem hereditatis valere ſub ea conditione ſi jam aliqua hereditas ſit; At viventis nulla eſt hereditas.

Objicies *tit. de filiis natis ex matrimonio ad Morganaticam contracto. lib. 2. feudor. 29.* Reſp. eum qui ad ſecundas nuptias properabat, pacta nuptialia cum futura conjuge principaliter feciſſe: ſuper feudo verò vel etiam bonis ſuis non niſi in conſequentiam, & quaſi in modificationem futuri matrimonii conveniſſe. Ut mittam nullos adhuc liberos ex plebeia illa muliere natos fuiſſe, permiſſumque patri eſſe filio ex prioribus nuptiis procreato feudum maximamque bonorum ſuorum partem in nuptialibus conditionibus reſervare. Adverſus reſponſionem primo loco poſitam nihil obſtant *l. hereditas 5. Cod. de pactis conventis. l. pactum dotali 3. Cod. de collationibus, cum ſimilibus*, uti ſtatim patebit.

Oppones *l. de fideicommiſſo 11. Cod. de tranſactionibus.* Reſp. quod in fideicommiſſaria hereditate non heredi fiduciario, ſed teſtatori, qui jam mortuus eſt, ſuccedatur. Præterea pactum quod inſtitutus heres & ſub conditione *ſi ſine liberis &c.* gravatus init cum fideicommiſſario, votum captandæ mortis tollit, quod Impp. in *d. l de fideicommiſſo 11.* non ſimularunt, cũ ajunt, *remoto captandæ mortis alterius voto improbabili.*

Idem omnino reſpondeo ad *l. cum proponas 16. Cod. de pactis.*

Si

Si dicas valere donationem omnium bonorum. Resp. per eam votum captandæ mortis non induci, cum statim perfecta sit, §. 2. *Instit. de Donationibus*. Sed forsitan dices & eam valere quæ est omnium bonorum tam præsentium quam futurorum, juxta *l. si unquam 8. Cod. de revocand. donat. l. si quis 35. §. sed & si quis, cum §. seq. Cod. de donation. l. si totas & tot. penè tit. Cod. de inoffic. donat. l. 4. Cod. de contrah. empt. cum similibus.* At repono hoc casu donatarii maximè interesse donatorem quam diutissimè superstitem esse, ut quam multa bona adhuc conquirat.

Objicies, quod valeat pupillaris substitutio in iisdem tabulis scripta quibus pater sibi heredem instituit, §. *sin autem 3. Instit. de pupillari substitut.* Denique heredis palam facta nuncupatio. Resp. nullum substituti pupillariter, vel etiam palam nuncupati heredis, factum intervenire, ex quo colligi posset ipsum contra jus gentium festinare; Quemadmodum facit qui viventem adhuc cogitatione suâ removet & interficit, deque hereditate ejus paciscitur & disponit. Idem de mortis caussâ donatione dico; utpotè quæ ex liberalitate donatoris provenit, nec donatorem ante mortem obligat.

Si objicias Constitutionem 19. Leonis, quæ è diametro adversatur legi *pactum quod dotali 15. Cod. de pactis.* Resp. Constitutionem Leonis, qui Orientis solius Imperator fuit, nunquam in Occidente obtinuisse, quemadmodum forte nunquam in Oriente legem *pactum quod dotali 15. Cod. de pactis*, si verum sit quod idem Leo ait: præterea Leonem infirmioribus rationibus quam Impp. Valentinianum & Galienum in *d. l. 15.* moveri. Nam inter liberos servanda est æqualitas: nisi pater ex justâ aliquâ caussâ ab eâ velit recedere: id enim ipsi licet. Denique servanda est pactio: servanda est promissio; nisi bonis moribus adversetur: neque mendax dici potest, qui

improbam promissionem non implet: scelus sceleri non accumulat.

Si dicas talia pacta non esse naturâ turpia, sed more civitatis Romanæ. Resp. hoc falsum esse: cum per rationes ex jure gentium petitas & initio propositas, tum quia eiusmodi pacta disertis verbis contra bonos mores & jus gentium esse dicuntur in *l. donari, alias incipit, Quidam 29. §. ult. D. de donat.* Dices forsitan Jurisconsultum ad mores civiles aliarum nationum respicere illosque jus gentium vocare. At resp. nullibi hoc sensu jus gentium in libris nostri juris accipi: in iis accuratè ubique distingui inter jus gentium & civile, illudque accipi pro eo quod inter omnes homines ex communi rationis usu obtinet; hoc autem quod apud populum Romanum tantùm: Denique non potuisse Jurisconsultum ad aliarum nationum jus civile respicere: cum si naturâ hæc pacta turpia non sint, verisisimile est apud alias nationes prohibita non fuisse.

Planè certi sunt casus quibus pactum de futurâ hereditate initum valet: quorum primus est: Si duo de hereditate tertii adhuc viventis pacti sint, & ille voluntatem suam eis accommodaverit, atque in eâ usque ad extremum vitæ spiritum perseveraverit: *tunc etenim sublatâ acerbissimâ spe licebit eis illo sciente & jubente hujusmodi pactiones servare, l. ult. vers. nisi forte. Cod. de pactis.* Quia certus omninò est, qui pacto consentit, contrahentes nullum captandæ mortis votum induxisse: alioquin consensum suum vel denegaret vel subtraheret, nec quod inter contrahentes actum est valeret, *d. l. ult. Cod. de pactis.* Adeò ut hoc negocium non tam ut pactum valeat, quam in vim ultimæ voluntatis: cum totum à nutu ejus de cujus hereditate pacti sunt, dependeat, cui licet dum lubet consensum revocare *d. l. ult. Cod. de pactis.* Si objicias quod tertius ipse de suâ hereditate pacisci nequeat: Ergo nec pacis centibus consentire.

ſentire: Reſp. diverſam eſſe utriuſque rationem. In pacto quod quis de hereditate ſua init, votum captandæ mortis, ſaltem ex parte ejus quo-cum paciſcitur, militat, valetque ut pactum. At in pacto cui quis conſentit, nullum improbum votum eſt: neque valet ut pactum, ſed tantum in vim ultimæ voluntatis. Unde ſi objeceris quod viventium hereditates pactis adſtringi vel dari non debeant, *l. ex eo 4. Cod. de inutilibus ſtipulat.* Reſp. hoc de illis pactis intelligi quæ ut pacta valent: at hoc non ut pactum, ſed in vim ultimæ voluntatis conſiſtit; ſaltem intuitu tertii de cujus hereditate agitur: neque ante ut pactum valere incipit, quam ipſe mortuus eſt.

Secundus caſus eſt: ſi duo milites ad diſcrimen prælii pergentes ob communem mortis fortunam invicem pacti ſint, ut ad eum, qui ſuperſtes fuiſſet, res ejus cui caſus finem vitæ attuliſſet, pertinerent, valet pactum *l. licet 19. Cod. de pactis.* non quidem ut pactum, ſed in vim ultimæ voluntatis: cum eo non obſtante utrique liberum ſit poſteriore voluntate de bonis ſuis diſponere: ita ut hoc pactum inter milites initum, ad imitationem militaris cujuſdam teſtamenti ſolummodò ſuſtineatur. quod patet ex verſiculo: *tamen cum voluntas militum, quæ ſuper ultimo vitæ ſpiritu, deque familiaris rei decreto, quoquo modo contemplatione mortis in ſcripturam deducitur, vim poſtremi judicii obtineat.* deinde ſub finem: *exiſtente conditione intelligitur ex fratris tui judicio (quod principalium conſtitutionum prompto favore firmatur, &c.* Ita ut turpitudo ceteraque omnia, quæ adverſus pacta futuræ ſucceſſionis faciunt, hic ceſſent.

Tertius caſus eſt: ſi principaliter aliud negocium celebratum ſit; de futura autem ſucceſſione duntaxat in conſequentiam actum ſit: ſiquidem ea quæ directè geſta ſæpius irrita ſunt, ea in alterius negocii conſequentiam inita ſuſtinentur, *l. 1. l. quod dicimus 7. in prin. D. de auctor. & conſenſ. tutor. l. nonnun-*

quam 52. D. de condit. & demonst. l. si unus 27. §. illud nulla 3. D. de pactis. Talis species est in *l. ea verò 3. §. de illo 2. D. pro socio. l. 2. §. 2. D. de hereditat. vel action. vendit. cum similibus.* Ex eo enim quod palam sit contrahentes alterius negocii caussâ convenisse, præsumptio voti captandæ mortis omninò cessat. Ut omittam ex negocio principali duntaxat agi, illudque solum servari videri, *arg. d. l. 3. §. 2. D pro socio.*

Hinc rectè infertur, quod si in pactis nuptialibus aliquid de futura successione conjugum, quasi in partem dotis vel donationis propter nuptias alterius-ve conditionis nuptiarum ipsarum conciliatricis & sine qua nuptiæ non contraherentur, convenerit, illud omninò servari debeat. Species est in *cap. de filiis natis ex matrimonio ad Morganaticam contracto lib. 2 feudor. tit 29.* Ut non dicam quod in nuptiis species quædam quasi societatis sit, *arg. l. 1. D. de ritu nuptiarum §. 1. instit. de patria potestate.* in cujus consequentiam de hereditate futura aliquid conveniri posse satis evincit *d. l. ea vero 3. §. 2, D. pro socio.* quod etiam mulier omnia sua bona in dotem dare possit, *l. nulla 4. Cod. de jure dotium.* Nihil obstat *l. hereditas 5. Cod. de pactis conventis tam super dote &c.* quia non in partem dotis, neque ullius conditionis nuptiarum conciliatricis mulier parapherna post mortem suam marito obvenire volebat; sed de iis in dotali instrumento ultrò quasi testari: quod permissum non est. Patet hæc sententia ex verbis: *hereditas extraneis testamento datur.* deinde: *pactum interpositum esse vice testamenti.* Sic etiam non obstat *l. pactum dotali 3. Cod. de collationibus.* quia pactum quod in ea lege improbatur, non inter conjuges, quasi in partem dotis alterius-ve conditionis conciliatricis matrimonii initum fuit, sed patrem & filiam ejus. Eodem modo resp. ad *l. ult. D. de suis & legitimis hered. l. pactum 15. Cod. de pactis.*

Cæte-

Cæterum si de futurâ successione principaliter inter conjuges actum fuerit, conventio non minus inter eos quam alios improbabitur: idque per leges & rationes supra allegatas. Neque obstat quod inter conjuges donatio reciproca valeat, *l. quod autem 7. §. si vir & uxor. 2. D. de donat. inter virum & uxor.* quia cessat hoc casu ratio prohibitæ inter virum & uxorem donationis: cum donans non fiat pauperior, & accipiens ditior, *arg. l. hæc ratio 3. in fine prin. D. de donat. inter virum & uxor.* At in pacto futuræ successionis inter conjuges celebrato eadem contra jus gentium festinatio votumque captandæ mortis cernuntur, quæ inter alios. Si ardentem conjugum amorem objicias: Resp. ex eo præsumptionem duntaxat elici; præsumptionem autem cessare, quoties est probatio vel efficacior præsumptio in contrarium: quam ex hoc improbo pacto facilè est colligere. Nihil porrò obstat quod cum accedit consensus ejus de cujus hereditate quæritur, valeat pactum, *l. ult. vers. nisi forte &c. Cod. de pactis.* atqui in hâc conventione consensus ejus de cujus hereditate quæritur interveniat. Quia dicta lex ultima de eo solo casu intelligenda est quo duo de hereditate tertii; non autem mutuâ vel alterutrius eorum conveniunt. Facilè enim sanciri potuit, ut is qui tertio successit, hereditatem, quam ipse solus ex testamento vel ab intestato consecutus est, ei, cum quo (consentiente & in eâ voluntate perseverante illo de cujus hereditate agitur) pactus est, communicare cogatur. At si vi pacti conjux conjugi succederet, pacto hereditas daretur. Ut præteream, quod pactum inter duos de hereditate tertii consentientis non valeat ut pactum, sed in vim ultimæ voluntatis. Si objicias favorem matrimonii: Resp. propter eum jus gentium bonosque mores violare nefas esse.

Secundò rectè infertur, quod si inter duos Principes fœdus

cudatur vel pax concilietur, aut etiam inter alias illuſtres perſonas ortâ de feudis aliis-ve bonis controverſiâ tranſactio ineatur, poſſit in conſequentiam & quaſi in partem conditionum fœderis pacis-ve, aut etiam tranſactionis, de mutuâ vel alterutrius futurâ ſucceſſione conveniri: idque per ea quæ ſuperius allegata ſunt. Si dicas Principes legem concedere poſſe, *§. ſed & quod. 6. Inſtit. de jure nat. gent. & civil. l. 1. D. de conſtitut. Princip.* Ergo & directè ac principaliter de futurâ hereditate paciſci. Reſp. Legem omnem cum bono & æquo convenire debere; pactum autem ejuſmodi improbum eſſe. Oppones quod Duces, Comites, illuſtres &c. milites ſint, *arg. l. 2. Cod. de domeſticis & protect.* Reſp. id verum eſſe cum belligerant, vel militiæ nomen dederunt: præterea pactum futuræ ſucceſſionis nequidem inter milites valere, niſi cum ad commune periculum vitæ pergunt: ac non ut pactum, ſed tantum in vim ultimæ voluntatis conſiſtere. Jam facilè colligi poteſt quid reſponſurus ſim ſi objicias *l. licet 19. Cod. de pactis.* Ad præſumptionem, quâ illuſtres perſonæ omnes alias virtute & integritate antecellere cenſentur, reſp. eam ceſſare per probationem efficacioremque præſumptionem contrariam, ductam ex hoc improbo futuræ ſucceſſionis pacto. Si putes publicè utile eſſe, hæc pacta etiam directè & principaliter inter perſonas illuſtres inita ſervari: advertere debes tranquillitatem publicam ſcelere promoveri non debere: præterea eam facile per hæc pacta turbatum iri: quo enim perſonæ illuſtriores, eo majori libidine dominandi cruciantur; unde ipſum captandæ mortis votum & periculoſi triſteſque rerum exitus.

DU-

DUBITATIO XLI.

An valeat pactum de futurâ hereditate conservandâ?

PActum quod de futurâ hereditate conservandâ initum est pariter improbatur: textus in *l. pactum quod dotali 15. Cod. de pactis. l.ult. D. de suis & legitimis hered.* Uti enim lege ac jure publico jus successionis defertur, perinde quoque servari debet, *arg. l. cum hic status 32. §. si miles 8. D. de donat. inter virum & uxor. l. 1. & 2. D. de veteranorum & milit. succeß. l. si quis 6. §. sed & si 5. D. de injusto rupto &c. l. verbis legis 120. l. lege obvenire 130. D. de verbor. signif.* cum nullus contrahendo ordinem successionis aliter disponere possit quam lex, *arg. l. cum duobus 52. §. idem respondit 9. D. pro socio.* Ne juri publico pactis privatorum incipiat derogari posse, contra *l. nec ex prætorio 17. D. de reg. juris l. contra juris 28. in prin. l. jus publicum 38. D. de pactis.* Hinc videmus quod ut filius jura suitatis retineret, lege opus fuit, *arg. l. pen. Cod. de Adoptionibus. §. sed ea omnia 14. juncto §. 9. Instit. de hereditat. quæ ab intestat. deferunt.* Quinimo reverentiæ & honori, quem naturâ liberi parentibus debent, hæc pactio adversatur: si enim filius invito patre se consecuturum hereditatem speret, nullamque exheredationem aut portionis suæ imminutionem metuat, multa officia quæ patri debet, prætermittet, magnâ cum pietatis læsione & omnium bonorum scandalo *arg. d. l. ult. D. de suis & legitim.*

Oppones *§. ult. Instit. de legitima agnatorum succeß.* Resp. quod pater ut filio suo emancipato succederet, nunquam sibi pacto prospicere debuit: cum vetus jus ei illud ad exemplum & imitationem patroni servaverit, *l. 2. Cod. ad SC. Tertyllian. l. 1. in prin. §. 1. & seqq. D. si à parente quis manumissus fuerit.*

Cum

Cum itaque textus ait: *qui contractâ fiduciâ &c.* ad remancipationem à patre fiduciario faciendam, non autem successionem ullam naturali patri servandam respicit: Et etiamsi respiceret, id in consequentiam duntaxat emancipationis fieret.

Oppones *l. non aliter 18. D. de Adoptionibus, & §. cum autem 3. Instit. eod.* Resp. quod personæ publicæ cautio de restituendis bonis, arrogato adhuc impubere mortuo, præstetur; non autem ei qui arrogatione nôn factâ ad successionem impuberis venturus fuisset. Præterea cautio illa accessionis tantùm vice arrogationem sequebatur.

Objicies *l. si ab eo 11. Cod. de legitimis heredib. l. ult. Cod. de emancipat. liberor. l. frater 4. Cod. de legitima tutela.* Resp. in illis textibus non conventione ullâ, sed expressâ Principum constitutione successionem servari.

Nihil etiam obstat *tit. de filiis natis ex matrimonio ad Morganaticam contract. lib. 2. cap. 29.* Quia, ut supra respondi, conventio super successione patris ad secundas nuptias properantis inita nuptialem contractum accessionis vice & quasi in partem conditionum nuptias conciliantium sequebatur.

DUBITATIO XLII.

An valeat pactum de futurâ hereditate omittenda vel repudianda? & quid de jure Canonico dicendum: maximè si jusjurandum accesserit?

PActum quod est de futura hereditate omittenda vel repudianda etiam improbum est & jure invalidum, *textus in l. ult. D. de suis & legit. hered l. pactum 3. Cod. de collationibus. l. si quando 35. §. 1. Cod. de inoff. testament.* Si enim pater cum filia paciscatur, vinculum necessitudinis, ex quo officia liberorum erga parentes proveniunt, quasi abrumpit, *d. l. si quando*

35. §.

35. §. 1. *Cod. de inoffic. testam.* Filium modico præsenti contentum quasi decipit, contra *l. cum hi 8. in prin. D. de Transact.* Et licet non nisi ordine mortalitatis turbato filium ante patrem mori contingat, *l. nam & si 15. in prin. D. de inoffic. testam.* attamen cum commune mortis fatum omnes tam juvenes quam senes æqualiter maneat, improbus est qui

Filius ante diem patrios inquirit in annos,

Ac de bonis ejus vel captando vel repudiando sollicitus est, *l. moribus 2. §. interdum 2. D. de vulgari & pupill.* festinat enim vel tali pacto contra bonos mores & jus gentium, *l. donari 29. alias incipit Quidam §. donationem 2. D. de donationibus.* Quod si non pater cum filio, sed tertius aliquis, veluti frater alius-ve consanguineus cum filio ejus de cujus successione quæritur, paciscatur, palam est votum captandæ mortis induci reliquaque omnia militare, ob quæ hæc conventio jure merito rejicitur.

Si dicas quod quilibet favori pro se introducto renuntiare possit. *l. pen. Cod. de Pactis.* & spem futuræ actionis sibi competentem pacto remittere, *l. spem 3. Cod. de donationibus.* Resp. hoc verum esse; dummodo ipsa renuntiatio non sit contra bonos mores & legibus improbata, uti hæc.

Nihil obstant *l. 1. l. cum proponas 16. Cod. de Pactis. l. de fideicommisso 11. Cod. de Transact.* Quia hic de hereditate delatâ & non viventis agitur. Nam in fideicommissariâ hereditate non heredi, qui rogatus est restituere, succeditur, sed testatori, *l. coheredi 41. §. cum filiæ 2. D. de vulgar. & pupill.* pactumque inter heredem institutum & sub conditione *si sine liberis* gravatum cum fideicommissario initum, votum captandæ mortis omnemque improbitatem tollit; tantum abest ut induceret, *arg. d. l. de fideicommisso 11. Cod. de Transactionibus.*

Si objicias *l. 1. §. si parens 3. D. si à parente quis manumissus sit.* Resp. legem loqui non de iis quæ patri jure successionis, sed in remunerationem & auctoramentum emancipationis debentur. Præterea quod patri etiam nomine legitimæ portionis à filio vivo post specialem supea eâ re conventionem initam prærogatum est, mortuo eo in legitimam portionem imputari debere: ita ut vi pacti non impediatur succedere, & quod ei jure successionis competit petere; licet cogatur pati, ut, quod ipsi prærogatum est, in debitam portionem imputetur. Atque hoc etiam modo respondeo ad *l. 3. §. sed & si 18. D. de bonis libertorum. l. cum quo 56. §. ult. D. ad leg. falcid. l. si quando 35. §. & generaliter 2. Cod. de inoffic. testam. arg. l. si non mortis 25. in prin. juncta l. Papinianus 8. §. si quis mortis 6. D. de inoffic. testam.*

Adeò hoc pactum reprobatum est, ut nequidem jure canonico valeat *arg. cap. 1. & 2. ext. de operis novi nuntiatione. cap. quamvis. de Pactis lib. sext.* Etiamsi jusjurandum accesserit: idque per ea quæ postea dicam: Adeò ut, ad hanc quæstionem quod adtinet, nulla inter jus civile & canonicum sit differentia: ut apparebit manifestius cum capitulum *quamvis. de pactis lib. sext.* brevibus exposuero: Ait Pontifex: *Quamvis pactum patri factum à filiâ, dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad bona paterna regressum haberet, improbet lex civilis, si tamen juramento nec vi nec dolo præstito firmatum fuerit ab eadem omninò servari debebit, cum non vergat in æternæ salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum.* Cum dicit *improbet lex civilis*, idem de jure canonico intelligit: quia nullo in textu juris canonici pactum futuræ successionis repudiandæ, multo minus acquirendæ, probatur: itaque standum juri civili, *arg. communis doctrin. Interpp. ad cap. 1. & 2. ext. de novi operis nuntiat. & l. præcipimus 32. §. ult. Cod. de Appellationibus*

nibus. Cum autem ait: *Si tamen juramento nec vi nec dolo præstito firmatum fuerit &c.* idem de jure civili obtinere affirmo: Licet enim in thesi verum sit, quod pactum futuræ successionis tam jure civili quam canonico improbetur: non tamen improbatur in omni hypothesi: imprimis non in eâ de quâ interrogatus erat pontifex. Quippe, ut omittam, non exprimi ullam in hoc versiculo circa facti speciem propositam inter utrumque jus differentiam: neque ullam constituendam esse, ubi disertis verbis jus canonicum eam non ponit: uti est communis Doctorum traditio *ad d. cap. 1. & 2. ext. de operis novi nuntiat.* Video textum *d. cap. quamvis* loqui de juramento *nec vi nec dolo præstito*. Ergo de tali quod filia liberè præstitit, & quo neque ipsa circumveniebatur, neque etiam fraus justissimis legibus, pactum futuræ successionis improbantibus, quærebatur: non enim dici potest jusjurandum sine dolo præstitum, ad quod pater filiam, decipiendi & defraudandi animo, inducit: vel quo studet bonos mores justasque tam jure civili quam canonico receptas leges corrumpere. Quinimò licet ab initio nullus patris dolus intercesserit; si tamen res ipsa, id est, conventio eamque secutum jusjurandum in se dolum habeant, nihilominus dolo præstitum reputabitur, *arg. l. si quis cum aliter 36. D. de verbor. obligat.* Quapropter dos quâ filia contenta futuræ successioni paternæ renuntiabat, satis ampla erat: adeò ut nihil vel non multò amplius ex successione paternâ sperare posset: totumq; hoc negocium bonâ fide ob justam caussam (& fortè ut ipsi filiæ optimo modo prospiceretur) consentientibus & approbantibus marito ceterisq; (ut fieri solet) proximioribus consanguineis, quasi in vicem accessionis & partem conditionum nuptialium celebratum fuerit: ita ut non videam quo colore filia contravenire pactioni suæ ac præcipuè jurijurando posset. Exemplo parentis vel

patroni, qui prærogato ei, quod ad legitimam portionem ſatis eſt, eo contentus eſſe jubetur, *arg. d. l. 1. §. ſi parens 3. D. ſi à parente quis manus miſſus &c. l. 3. §. ſed & ſi 18. D. de bonis libertorum.* uti etiam filius, *l. ſi quando 35. §. 2. Cod. de inoffic. teſtam.* Itaque in facti ſpecie de quâ interrogatus Pontifex negocium geſtum erat, quod perpenſis diligenter omnibus circumſtantiis utroque jure ſuſtineri poterat; etiamſi jurejurando firmatum non fuiſſet: quod tamen, cum caſui propoſito acceſſerat, tanto confidentius Pontifex reſpondere potuit. Quamvis enim jusjurandum non poſſit negocium bonis moribus receptiſque legibus contrarium confirmare; facultatem tamen petendæ reſtitutionis in integrum tollit *l. 1. & auth. ſacramenta puberum. Cod. ſi adverſus venditionem &c.* & ita quoddam quaſi robur rei geſtæ addit, quo, ſi non acceſſiſſet, etiam careret. Atque hæc ratio eſt cur Pontifex reſponſum ſuum in jurejurando potius, quã validitate ipſius conventionis fundet.

Si objicias *Geneſ. cap. 25. verſ. 31. & ſeqq.* Reſp. pactum primogenituræ à pacto futuræ ſucceſſionis differre: ac proinde non minus Eſau patri, quam Jacob heredem extitiſſe, licet juri primogenii renuntiaverit: Jus primogenituræ filio etiam patre vivo competere; non autem futuram patris ſucceſſionem vel partem ejus: conventionem inter fratres initam patrem teſtamento ſuo confirmaſſe, in eâque voluntate uſque ad extremum vitæ ſpiritum perſeveraſſe: totum illud negocium arcano Dei conſilio directum fuiſſe, in quod nobis inquirere permiſſum non eſt.

Quod quidam ajunt pactum hoc non propter turpitudinem, ſed in privilegium & favorem perſonæ prohiberi: non contra bonos mores gentium ſed civiles eſſe; quibus renuntiatione præcipuè juratâ contraveniri poteſt: omninò erroneum eſt. pactio enim hæc non in privilegium & favorem perſo-

personæ reprobatum est, sed quia naturalem & omnibus gentibus exosam turpitudinem continet: uti ex supra dictis constat; ideoque jurejurando tantum scelus nullo jure sustineri potest.

DUBITATIO XLIII.

An transactio simplici conventione absque stipulatione inita obligationem & actionem producat?

TRansactio simplici conventione absque stipulatione inita efficacem obligationem producit: cum enim hanc omnis quæ serio ac deliberato animo inita est conventio pareat, cur non etiam transactio? Præterea etsi in alium contractum res non transeat, subsit tamen caussa, obligatio efficax nascitur, *l. jurisgentium 7. §. sed etsi 2. D. de pactis.* at transactio caussam habet: initur enim ut à lite recedatur, *l. in summa 65. §. 1. D. de condictione indebiti.* Accedit quod transactio non minorem auctoritatem habere dicatur quam res judicata, *l. non minorem 20. Cod. de Transactionibus.* at res judicata obligationem & actionem parit, *l. miles 5. in fine. D. de re judicata. l. actori 8. Cod. de rebus creditis.* Quinimo ratio ob quam eam vim transactio habet, hæc in *d. l. non minorem 20.* redditur: *siquidem nihil ita fidei congruit humanæ, quam ea quæ placuerant custodiri.* quæ eadem est ob quam ex constituto obligatio & actio nascitur, *l. 1. D. de constituta pecun.* & prætor omnia pacta honesta serio & deliberato animo inita servat, *l. 1. in prin. l. jurisgentium 7. §. ait prætor 7. D. de pactis.* At ubi eadem ratio, eadem debet esse juris dispositio, *arg. l. illud 32. in prin. D. ad legem Aquiliam, cum similibus.* Porro quod transactio simplici conventione inita obligationem efficacem producat, manifestè ostendit lex *cum mota 6. Cod. de transactionibus*, in

verbis: *aut enim ſtipulatio conventioni ſubdita eſt, & ex ſtipulatu actio competit, aut ſi omiſſa verborum obligatio eſt, utilis actio quæ præſcriptis verbis rem geſtam demonſtrat danda eſt.* Si dicas ideò hic obligationem efficacem & actionem naſci, quia tranſactio per contractum innominatum inita eſt. Reſp. id in omni tranſactione fieri: ſemper enim contractus eſt facio ut des, vel facio ut facias &c, recedo à lite ut des de quo convenit; vel fiat quod placuit &c.

Præterea tranſactio pacto convento inita ei comparatur (ſaltem quod ad productionem obligationis adtinet) cui ſtipulatio Aquiliana ſubjecta eſt, *l. tranſactum 2. D. de Tranſactionibus.* Ut mittam quod in quâvis tranſactione aliquid fiat: receditur enim à lite aliquo dato, retento vel promiſſo. Ergo quævis cauſſam habet; & quidem eam, quæ cum adeſt, Interpretes obligationem efficacem conſtituunt: ita ut mirum ſit eos hanc producendæ obligationis vim Tranſactioni, etiam ſine ſtipulatione initæ, denegare.

Accedit toties decantata tranſactionis auctoritas: quod cauſſas per eam ſopitas, nequidem Imperiali reſcripto reſuſcitare liceat, *l. cauſſas 16. Cod. de tranſact.* vel ſub prætextu inſtrumenti poſt reperti, *l. ſub prætextu 19. l. ſub prætextu 29. Cod. eod.* nec poſſit eum qui tranſegit pœnitere, *l. quamvis 39. Cod. eod.*

Objicies *l. ſive apud acta 28. Cod. de Tranſactionibus.* Reſp. hanc legem ſententiam meam magis ſtabilire, quam infringere: Dicit enim: *Sive apud acta Rectoris Provinciæ &c. Tranſactio interpoſita eſt, hanc ſervari convenit.* Quod autem ſubjicit: *nec hujus rei cauſſâ ſtipulationem ſecutam eſſe: quamvis ex pacto non potuit naſci actio &c.* hunc habet ſenſum: quamvis adverſarius tuus dicat tranſactionem nullius momenti eſſe: ſolummodò inter vos nudum pactum, ex quo nulla actio naſcitur,

initum esse : attamen ad obsequium placitorum eum urgere potes, si in institutâ rei vindicatione progrediaris & exceptionem pacti, doli mali vel in factum replicatione elidas. Potuissent etiam respondere actionem præscriptis verbis intentari posse, *arg. l. cum mota 6. Cod. de transact.* Sed ea tam parata non erat quam actio jam intentata : denique quia adversa pars contendebat non transactionem sed nudum duntaxat pactum intercessisse, ideo præscriptis verbis actio majorem in se difficultatem habere videbatur.

Oppones *l. cum proponas 21. Cod. de pactis.* Resp. in hâc facti specie nihil aliud quam nudum divisionis placitum intercessisse,quod ad producendam obligationem & actionem,ut nudum pactum inefficax est, *l. divisionis 45. D. de pactis.* Non autem transactionem serio & deliberato animo initam. Probatur ex verbis,*sine scripturâ placuisse.* quid enim in hoc negocio scripturâ opus erat, nisi ut ceteris deliberati animi signis deficientibus constaret certo judicio ac præmeditato consilio hereditatis fraternæ divisionem factam esse? Deinde Impp. quod gestum erat,placitum vocant ; at non duorum pluriumve in idem placitum divisionis consensum. Dicunt quidem : *Cum proponas inter vos &c.* Sed illa tantum repetitio verborum est, quæ Martialis(ad quem rescriptum illud directum est) in precibus suis expresserat. Quod autem dicant : *& transactionis caussâ probari possit hanc intercessisse conventionem &c.* ad fundandam retentionem pertinet : nudum enim pactum per se & ex se ad retentionem exceptionem-ve non sufficit ; sed præterea aliud quid requiritur : ut vel traditio ex caussâ pacti facta, vel etiam ex adversâ parte possessio : uti in hâc lege.

Objicies *l. si diversa 14. Cod. de Transactionibus.* Resp. quod ibi mutuâ conventione à transactione initâ recedebatur. Denique si reus implere nolit quod transactionis caussâ promisit

ſit, actori liberum eſt in priſtinâ lite progredi : cum ea per ſtipulationem Aquilianam, non autem ſimplicem conventionem tollatur, *l. Aquiliana 4. D. l. actione 4. Cod. de Tranſactionibus. arg. l. ſi unus 27. §. pactus 2. D. de pactis.* Sed propterea non denegatur ei præſcriptis verbis actio, ſi malit tranſactionis ipſius fidem cuſtodiri, *d. l. cum mota 6. Cod. de Tranſactionibus.*

Eandem reſponſionem adfero ad *l. cum inſtituta 27. in prin. D. de inoffic. teſtam.* & etiam *l. ut reſponſum 15. Cod de Tranſactionibus.*

Nihil etiam moveor per *l. ſuus heres 3. Cod. de repudianda vel abſtinenda heredit.* Quia negocium quod ſuus heres in judicio celebrabat, vel tranſactio vel donatio eſſe debebat, *arg. l. 1. D. l. cum donationis 34. Cod. de Tranſactionibus.* Tranſactio non erat, quia nihil datum erat, retentum, vel promiſſum; ſine quo tranſactio non procedit, *l. tranſactio 38. Cod. de tranſact.* Non etiam donatio, quia declarabat quod donare nolebat. Quid ergo? non intelligebat ſuus heres quid volebat: ac proinde quod agebat, nullius momenti erat.

Objicies *l. cum proponas 17. Cod. de Tranſact.* Reſp. quod eo caſu quo per ſtipulationem tranſactioni ſubjectam non convenerat, ut, ſi mulier contraveniret manente tranſactionis placito accepta redderentur, non debeat actio contra mulierem tranſactioni non ſtantem decerni: quia ſufficiebat contra agentem exceptio: quemadmodũ ipſa facti ſpecies innuit.

DUBITATIO XLIV.

An Tranſigere vel paciſci de crimine capitali liceat?

TRanſigere vel paciſci de crimine cujus pœna ultimum ſupplicium eſt, excepto adulterio, prohibitum non eſt, *l. tranſigere 18. Cod. de tranſact. l. 1. D. de bonis eorum &c. l. ult. D. de*

D. de prævaricat. Nam excuſandus eſt, qui ſanguinem ſuum qualiter qualiter redemptum voluit, *d. l. 1. D. de bonis eorum &c. l. ult. D. de prævaricat. l. 1. §. 3. D. de calumniat.* Tenenda enim ea via eſt, inquit Seneca, quam natura præſcripſit: ne ſi quis ab eâ deflectat, ab illâ ipſâ principiorum, quę nobiſcum nata ſunt, notitiâ deflectere fateatur neceſſe ſit. Naturâ autem duce inſitum cuique ſcimus, ut ſe ſuumque corpus tueatur, & quæ nocitura ſunt declinet, *l. ut vim 3. D. de Iuſtitia & jure.* Alioquin videretur, qui, cum poteſt, mortem tamen evitare recuſat, ſibi ipſe violentas manus intuliſſe & ſuo ſemetipſum gladio interemiſſe. Jus autem quod ars boni & æqui eſt, *l. 1. in fine D. de juſtitia & jure.* neminem in ſpontaneum exitium egiſſe aut circumveniſſe putandum eſt.

Dices per ejuſmodi pactiones Rempublicam lædi, cujus intereſt atrocia & capitalia crimina puniri, *l. ita vulneratus 51. §. ult. D. ad leg. Aquil.* Reſp. non lædi: cum enim ea ſit pactorum & tranſactionum natura, ut paciſcentium perſonas non egrediantur, aut aliis præjudicent, *l. ult. D. de pactis.* concedimus nihilominus cuivis è populo facultatem de eo crimine accuſandi, *prin. inſtit. de publicis judiciis l. 3. §. pen. D. de ſepulchro violato. l. qui caſu §. fin. D. ad legem Iuliam de vi publica.* Quinimò magiſtratui de officio contra reum procedendi, *l. congruit 13. D. de officio præſidis.* Quod ſi præter eos qui tranſegêre, nulli alii ſint; qui notitiam commiſſi criminis habent, vix Reipublicæ intererit illud puniri; ac principali quaſi gratiâ dignus (in hoc ſingulari raroque caſu) videtur, qui vitæ ſuæ tam benè proſpexit (Principem autem reo ignoſcere & gratiam pœnæ facere poſſe, ſupra dubitatione XXII. probavi) ceterum à juſtiſſimo Deo criminum etiam maximè occultorum æterno vindice puniendus.

Dices quod qui accuſationem deſerit in SC. Turpillianum

incidat, *l. 6. l. 16. D. ad SC. Turpillian.* cujus pœna est infamia, multa pecuniaria & extraordinaria coërcitio, *l. 2. Cod. eod. l. 3. D. de prævaricat.* Resp. in SC. Turpillianum incidere qui ab accusatione desistit, *d. l. 6. l. 16. D. ad SC. Turpillian.* nisi caussa sanguinis vertatur & ob pactionem vel transactionem cum adversario initam desistat, *l. ult. D. de prævaricat. l. 1. §. 3. D. de Calumniat.*

Dices quod qui accusant, cavere debeant se perseveraturos usque ad sententiam: & pœnæ talionis subjiciantur, *l. si cui 7. D. de accusat. l. fin. Cod. eod.* Resp. exceptionem esse in caussis sanguinis, si partes transegerint, *d. l. transigere 18. Cod. de Transact. & l. ult. D. de prævaricat.* Quemadmodum & alia exceptio est, si abolitionem accusator impetravit, *l. 15. D. ad SC. Turpillian. tot tit. Cod. de Abolitionibus.*

Nihil obstat quod de iis tantùm rebus pacisci possimus, quæ ad rem familiarem pertinent, *l. jurisgentium 7. §. si paciscar. 14. D. de pactis.* Quia qui cum reo paciscitur vel transigit, non de caussis publicis, sed privato suo jure paciscitur: crimen enim manet; uti & cæteris omnibus accusandi, ac magistratui integra in illud inquirendi facultas.

Nihil etiam adversatur quod qui ob non accusandum pecuniam accepit, concussionis teneatur, *l. 2. D. de concussione.* Nam hoc tantum verum est cum agitur de criminibus quorum pœna non est mors naturalis, *arg. l. 1. §. 1. l. 2. D. de Calumniatoribus. l. 1. §. 1. D. ad legem Corn. de falsis.* Eodem modo respondeo ad hoc quod dicunt reum, qui adversario in caussis publicis aut privatis pecuniam dat, litem perdere, *l. 2. D. de cond. ob turpem causs. l. 1. §. 2. D. de Calumniat. l. 1. Cod. de pœnis Iud.*

Dices quod qui pecuniam dat crimen confiteri videatur, *l. 5. D. de his qui notantur infamia.* Resp. dictam *l. 5.* procedere in caussis non capitalibus, *arg. l. 4. §. ult. D. eod.* In capitalibus

verò

verò litium & molestiarum gratiâ, non ex conscientiâ commissi criminis, transactionem factam præsumi.

Nihil obstat quod dicitur *Num. 35. vers. 31. & seq.* quia non de hâc nostrâ pactione vel transactione loquitur, sed de omnimodâ impunitate ei, de quo manifestè constat quod homicidii reus sit, non concedendâ, idque sive pecuniam proximioribus occisi consanguineis dare paratus sit, sive gratiâ ab ipsis illam impetrare queat.

DUBITATIO XLV.

An rescriptum cui hæc clausula, si preces veritate nitantur, *inserta non est, valeat?*

RESCRIPTUM, cui hæc clausula, *si preces veritate nitantur*, inserta non est, non valet; nec ullum impetrati oraculi fructum precator percipit, *l. universa 7. Cod. de diversis rescriptis.* Quod ideo prospectum est, ne super voluntate & mente Principis ulla dubitatio moveatur: cum sciamus nihil per obreptionem vel subreptionem impetrari posse: & ex adverso Principem de veritate rei edoctum non obstante obreptione vel subreptione petitis annuere posse: quapropter cum prædicta clausula precibus inserta est, apparet Principem peculiari hâc suâ gratiâ uti noluisse. Verum jure Canonico etiamsi non apponatur clausula, *si preces veritate nitantur*, attamen subauditur, rato nihilominus manente rescripto, *cap. ex parte 2. ext. de rescriptis.* unde si precibus obreptione vel subreptione laborantibus summus Pontifex de veritate rei edoctus nihilominus annuere velit, illud in rescripto suo manifeste exprimere debet; ne fructu ejus per subauditam clausulam precator excidat. Quare parum præsidii ex hâc utriusque juris oppositione consequuntur, qui quovis modo auctoritatem legum Romanarum labefactare conantur.

DUBITATIO XLVI.

An rescriptum quod falsâ latinitate laborat, valeat?

RESCRIPTUM quod falsâ latinitate laborat, nihilominus subsistit: prorsus enim indignum est, verbis Principem, de cujus mente ex rescripti sententiâ abundè constat, adstringere, *arg. l. Imperator 8. D. de statu hominum l. rescripta 7. Cod. de precibus Imperat. offerend.* Verba enim sunt signa eorum quæ in animo sunt: de quibus dum constat, illa, quomodo sese habeant, nihil interest, *arg. §. si quidem in nomine 29. Instit. de legatis.* Aliud tamen jure Canonico cautum *cap. ad audientiam 11. ext. de rescriptis.* iis verbis: *literas tibi (ut primâ facie videbatur) Apostolicas præsentavit: quibus, quoniam manifestum continent in constructione peccatum, fidem te nolumus habere.* Enimverò de constructione communi & cuivis obvia; non autem singulari quadam, multo minus de verbis barbaris, & latinè loquentibus planè incognitis, hoc Pontificis rescriptum accipi debet; ne alioquin plurima juris Canonici effata labefactentur. *tit. de torneamentis. tit. de pace & Treuga. cap. ad audientiam 13. ext. de præscriptionibus, ibi comestiones, banna, placita, forisfacta, cap. 4. ext. de pactis cum infinitis aliis.*

Ne dicas *d. cap. ad audientiam 21. ext. de rescriptis*, de eo rescripto, quod injustitiam aliquam continet, loqui. Quia & verba obstant & eorum sententia, quam Gregorius 13 Pontifex summario eidem textui præposito hac ratione expressit: *falsa latinitas vitiat rescriptum Papæ.* Idque post Glossam, Joannem Andream, & Abbatem *d. loco*, latè Felinus *ad dict. cap.* Andreas Vallensis *in parat. decretal. de rescriptis §. 7. n. 2.* & communis omnium sententia nullo omninò contradicente abundè confirmant.

DU-

DUBITATIO XLVII.

An Compromissum serio & deliberato animo, absque tamen solenni stipulatione, initum, efficacem jure civili obligationem & actionem pariat?

COmpromissum, quod serio & deliberato animo initum est, licet solennis stipulatio non intercesserit, efficacem tamen jure civili obligationem & actionem parit. Quod cum primis illa juris fundamenta evincunt, quę dubitatione XXXI. & XXXVII. proposita sunt. Compromissum enim caussam habet: cum ad hoc instituatur, ut sine magnis sportulis & molesta ac tædiosa judiciorum contentione, amico modo controversia dirimatur; atque ita à lite recedatur, *arg. l. in summa 65. §. 1. D. de condict. indebiti.* At quoties conventio caussam habet, obligationem & actionem parit, *l. jurisgentium 7. §. sed & si 2. D. de pactis.* Denique textus est in *l. diem 27. §. ult. D. de receptis qui arbitrum &c.* cum ait: *sed si pœna non fuisset adjecta compromisso, sed simpliciter sententiæ stari quis promiserit: incerti adversus eum foret actio.* Ne dicas cum aliquibus, quos indicat Accursius & sequitur Antonius Faber *ad d. leg. §. ult.* hic stipulationem intercessisse & ex stipulatu actionem competere: Quia verba textus refragantur: ajunt enim, *sed simpliciter sententiæ stari quis promiserit.* at stipulatio non dicitur promissio simpliciter facta. Et si ea vox *simpliciter* pœnam excludat (ut facit proculdubio) etiam excludet stipulationem: cum vix sit ut pœna sine stipulatione promittatur, *arg. l. servus ea lege 7. D. de servis exportandis.* Denique ait textus: *incerti adversus eum foret actio.* Atqui hæc propriè est condictio, ut benè Accursius exponit *ad d. l. 27. §. ult. D. de receptis qui arbitrum.* Quia si stipulatio intercessisset, nulla mentio voculæ *incerti* probabiliter facta fuisset, sed solius actionis ex stipulatu, *arg. prin. instit.*

de verb. obligat. Nihil obstant *d. prin. Instit. de verb. obligat. & l. si quis certum 24. D. de rebus creditis.* Quia verum quidem est, cum stipulatio intercessit, quâ certum quid comprehensum est, ex eâ condictionem certi, quâ vero incertum, actionem ex stipulatu oriri, *d. prin. Instit. de verb. oblig. & l. si quis certum 24. D. de reb. cred.* ac præterea id quod interest incertum esse, *§. ult. Instit. de verb. obligat.* sed probari debet in specie *l. diem 27. §. ult. D. de recep. qui arbit.* stipulationem intercessisse: alioquin cum in aliam aliquam conventionem incertum quid deductum est, rectè observavit Accursius condictionem incerti competere: quomodo enim actio ex stipulatu dabitur, ubi, licet incertum quidem, nulla tamen stipulatio intervenit? ut mittam quod quotiescunque compromissum stipulatione intercedente initum est, hoc exprimi soleat, *l. quid tamen 21. §. ult. D. de receptis qui arbit. l. 11. §. 2. D. eod.* Facit præterea quod interpretatio adsumenda sit, quæ vitio caret, *l. in ambigua 19. D. de legibus.* at talis non est ea quæ nobis opponitur, cum adversus æquitatem naturalem & ipsum jus gentium sine ullâ ratione aut manifesto textu fidem deliberato animo datam fallere permittat & proximum circumvenire, *arg. l. 1. l. jurisgentium 7. §. ait prætor 7. D. de pactis. l. 1. D. de constituta pecunia.* Adjuvat & hanc sententiam *l. litigatores 11. §. 3. D. de receptis qui arbitrum*, cum ait: *Interdum (ut Pomponius scribit) rectè nudo pacto fiet compromissum: ut puta si ambo debitores fuerunt, & pacti sunt, ne petat, quod sibi debetur, qui sententiæ arbitri non paruit.* ubi pactum non dicitur nudum à caussa: jam enim dixi conventionem, quâ compromissum initur, caussam habere, sed à stipulatione, *arg. d. l. litigatores 11. §. 2. in fine.* cum enim ibi dixerat: *proinde & si alter rem, alter pecuniam stipulanti promiserit: plenum compromissum est: & cogetur sententiam dicere,* statim subjicit: *Interdum ut Pomponius &c.* Si dicas in hâc specie

cie singularem casum esse, idque ex vocula, *interdum*. Resp. hoc falsum esse: particulam autem *interdum* nihil aliud velle, quam sæpe & ferè semper per stipulationem & pœnæ adjectionem compromissum celebrari; hoc tamen simpliciter & absolutè necessarium non esse, sed interdum etiam sine iis utilem effectum sortiri, *arg. d. l. 27. §. ult. D. de receptis qui arbitrum. & ibi Mornacius.* Quod si reponas in specie *d. l. litigatores 11. §. 3.* non actionem sed exceptionem duntaxat ex ejusmodi compromisso decerni: respondebo hoc quidem verum esse; ex eo tamen decisionem propositi casus non peti, cum alibi scriptum quoque sit ex compromisso exceptionem non nasci, *l. 2. l. Pomponius 13. §. idem Pomponius 1. in fine. D. de receptis qui arbitrium.* Posset dici pactũ de non petendo utrimq; vicem pœnę obtinuisse, eamque licet in stipulationem non deductam, per exceptionem tamen acquiri posse, *arg. l. 7. in fine D. de servis exportandis.* Quod ego non impugnabo. Præterea hanc compromissorum vim & effectum evincere videtur ordo titulorum, quos tam in pandectis quam codice compromissa habent: quod ad similitudinem judiciorum redacta sint & ad finiendas controversias litesque faciant: *l. 1. D. de receptis qui arbit.* quod, qui arbitrium suscepêre, Prætor sententiam dicere cogat, *l. 3. §. 1. D. eod.* Quod idem jure Canonico cautum *cap. per tuas 9. ext. de arbitris.* nec sine manifesto textu aut ratione inter utrumque jus constituenda sit contrarietas, *cap. 1. & 2. ext. de operis novi nuntiatione*: quod hæc sententia praxi ubique recepta sit.

Restat ut aliquot loca exponam, quæ nonnihil difficultatis movere videntur. Primò sese offert *l. 2. D. de receptis qui arbitrum*, quæ, cum dicit quod *ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed pœnæ petitionem*, de exceptione quasi rei judicatæ intelligi debet: ea enim non magis ex compromisso nascitur,

quam

quam judicati vel etiam quasi judicati actio. *l. 1. Cod. de receptis arbitris*, sed si pœna adjecta sit, illa peti poterit, *d. l. 2.* vel si adjecta non sit, ad id quod interest *l. diem 27. §. ult. D. de recept. qui arbit.* vel quanti ea res est, agi, *l. non autem 28. D. eod.* Ratio decisionis non ea est, quam proponit Antonius Faber, *ad l. 1 D. de receptis qui arbitrium*; nempe quod jurisdictionem privati dare non possunt, quam ipsi non habent, *l. privatorum 3. Cod. de Iurisdict.* nec proinde dare cuiquam judicandi potestatem, cum Judicis dandi licentia sit jurisdictionis, *l. 1. D. de jurisdict.* eumque, qui judicare jubet, magistratum esse oporteat, *l. eum qui 13. eod. tit.* Cum illa duntaxat evincat ex arbitri sententiâ actionem vel exceptionem rei judicatæ non nasci; non autem actionem vel exceptionem rei quasi judicatæ; & quidem eo sensu competentem, quo compromissum ad similitudinem judiciorum redactum dicitur, *l. 1. D. de receptis qui arbitrium.* Vera itaque ratio hæc est, quod si ex compromisso rei quasi judicatæ actio vel exceptio nasceretur, cogerentur litigatores omnimodò sententiæ arbitri, & quidem ut ab eo pronuntiata est, stare, nec possent ab eâ, etiam exsolvendo pœnam vel præstando id quod interest, recedere: quod absurdum fore, ex eo patet, quod compromissum fiat in arbitrum, tanquam virum bonum. *l. 3. §. tametsi 1. D. de receptis qui arbitrium.* per consequens, ut amico modo controversiam ex bono & æquo determinet; non autem ut iniqui aliquid statuat: vel, si statuerit, litigatores obtemperare cogantur, *l. si libertus 30. D. de operis libertorum* ubi Celsus: *si libertus juraverit, dare se quot operas patronus arbitratus sit, non aliter ratum fore arbitrium patroni, quam si æquum arbitratus sit, & fere ea mens est personarum arbitrio substituentium, ut quia sperent eum rectè arbitraturum, id faciant, non quia immodice obligari velint.* idem Paulus in *l. si in lege 24. D. locati.* in verbis: *Idemque servatur*

vatur si alterius cujuslibet arbitrium comprehensum sit. Nam fides bona exigit, ut arbitrium tale præstetur, quale viro bono convenit. Accedunt *l. si societatem 6. D. pro socio. l. creditor 60. §. Lucius commissa 11. §. quamquam 7. D. de legatis 3.*

Neque obstat *l. diem 27. §. stari 2. D. de receptis qui arbitrium,* cum ait: *stari autem debet sententiæ arbitri, quam de re dixerit, sive æqua sive iniqua sit: & sibi imputet, qui compromisit. Nam & divi Pii rescripto adjicitur: vel minus probabilem sententiam æquo animo ferre debet.* quod repetitur in *l. societatem 76. D. pro socio.* Quia ab arbitri sententia etiam iniqua recedere non licet; nisi vel exsolutâ pœnâ, de quâ convenit, vel præstito eo quod interest, *arg. d. l. si libertus 30. D. de operis libertor. l. si in lege 24. D. Locati, cum similibus. l. 2. l. diem 27. §. ult. D. de receptis qui arbitrium.* Eo inquam quod interest negotium compromisso finitum esse: nam ut compromisso finiretur inter partes convenerat; non autem eo quod interest omnimodò adimpleri quod arbiter statuit: cum litigatores de hoc absolutè & præcise non cogitarint, *arg. d. l. si libertus 30. D. de operis libertorum, cum similibus.*

Neque adversatur *l. cum antea 5. in prin. Cod. de receptis arbitris,* in verbis: *cum antea sancitum fuerat in arbitris eligendis, &c. siquidem pro parte pulsatâ forma arbitralis procederet, exceptionem ei veluti pacti generari, sin autem pro actore calculus poneretur, nihil ex eo procedere ei præsidii:* Nam exceptio illa veluti pacti non minus ad plenam sententiæ arbitralis observationem, quam exceptio rei quasi judicatæ tendebat; ac proinde etiam rejecta est; neque jus, quo hæc concedebatur, tanquam à ratione nimis alienum, ullibi in libris nostris propositum est. Si putes extare in *l. Pomponius 13. §. Idem Pomponius 1. D. de receptis qui arbitrium.* erras: nam si ad hunc locum respexisset Justinianus in *d. l. 5.* non dixisset, *Cum antea sancitum*

fuerat, ſed cum antea Pomponius vel Ulpianus ſcripſerat, *arg. l. cum acutiſsimi 30. Cod. de fideicom. cum ſimilibus*. Sancire enim & conſtituere non Juriſconſultorum, ſed Principum eſt, *l. ult. Cod. de legibus, junct. §. ſanctæ 10. Inſtit. de rerum diviſ. & l. Sanctio legum 41. D. de pœnis*. Præterea falſum eſt quod Ulpianus in *d. l. Pomponius 13. §. Idem Pomponius 1.* reo exceptionem veluti pacti concedat: cum enim dixerat: *poſsit dici plenum eſſe compromiſſum: quia is, qui convenitur, tutus eſt veluti pacti exceptione: is, qui convenit, ſi arbitro non pareatur, habet ſtipulationem*; ſtatim ſubjicit: *Sed id verum eſſe non puto*. Nec obſtant ſequentia verba: *neque enim ſufficit, exceptionem habere, ut arbiter ſententiam dicere cogatur*: volunt enim reo exceptione pacti ſufficienter proſpectum non eſſe; cum ea facile elidi & ſubverti poſſit: idque ideo, quia ejuſmodi pactum in ſpecie propoſitâ non intervenit: quod ſi interveniſſet ſufficiens proculdubio fuiſſet ut arbiter ſententiam dicere & litigatores ei ſtare cogerentur, *l. litigatores 11. §. 3. D. de receptis qui arbitrium*. Si putes compromiſſum, de quo in *d. l. 13. §. 1. in fine*, ideo valere debere, quod reus ſaltem ad id quod intereſt agere poſſit, juxta *l. diem 27. §. ult. D. de receptis qui arbit.* dicam petitionem ejus quod intereſt eo excluſam eſſe, quod vicem pœnæ obtineat; pœnam autem ſolus petitor, non autem reus ſtipulatus ſit.

Enimverò quamvis hæc ita ſeſe habeant, attamen ex novâ Juſtiniani conſtitutione ex compromiſſo actio & exceptio rei quaſi judicatæ naſcitur, ſi partes ſententiæ arbitri ſubſcripſerint: vel per decem dies à die cogniti arbitrii numerandos tacuerint, *l. pen. Cod. de receptis arbitris*. Accedebat & antea caſus quo compromiſſum jusjurandi religione corroboratum erat, *l. ne in arbitris 4. Cod. de receptis arbitris* verum noviſſimo jure iterum correctus. *Nov. 82. c. 11. ex qua petita eſt auth. decer-*

nit

nit Cod. de receptis arbitris. Quod autem Justinianus duobus prioribus casibus illam actionem vel exceptionem rei quasi judicatæ largiatur, non tam ex ipso compromisso provenit, quasi majorem ei aliquam vim, quam antea habebat, tribuisset, sed occasione duntaxat compromissi ex novo litigantium consensu & pronuntiati arbitrii approbatione, *d. l. pen. Cod. de recept. qui arbit.*

Dicit non nemo, legem illam, *cum antea 5. Cod. de receptis arbitris*, unam ex 50. Justiniani decisionibus esse. Peto ego, quid inde? denique dico hoc manifestè falsum esse; nec ullum dicturum qui vel unam ex illis 50 Justiniani decisionibus viderit unquam.

DUBITATIO XLVIII.

An, ut ex compromisso efficax obligatio & actio oriatur, pœna ei adjecta esse debeat?

AB illis jus Civile, ut naturali æquitati contrarium, vapulat, qui eo cautum sibi persuasum habent nullius momenti compromissum esse, cui præcise pœna adjecta non est. Alii statuunt, quod si pœna compromisso adjecta non sit, Arbiter à prætore cogi non possit ut sententiam dicat; si tamen ultro dixerit litigatores ei stare debeant, nec possint nisi exsoluto eo quod interest ab eâ recedere. Ego compromissum, etiamsi præcise pœna ei adjecta non sit; nedum ex naturali æquitate ac jure Canonico, sed civili quoque subsistere statuo: neque solum Arbitros ad dicendum sententiam, sed etiam litigatores ut ei pareant cogi posse. Ita enim in *l. diem 27. §. ult. D. de receptis qui arbit.* Ulpianus: *sed si pœna non fuisset adjecta compromisso, sed simpliciter sententiæ stari quis promiserit: incerti adversus eum foret actio.* uti etiam in *l. non autem*

28. D. eod. Paulus: *non autem interest, certa, an incerta summa commissa sit: utputa quanti ea res erit.* Et quidem si sine stipulatione compromissum valeat: ut quæstione præcedente dixi, utique etiam subsistet sine adjectione pœnæ: quia vix est ut hæc sine illâ debeatur, *arg. l. servus ea lege 7. D. de servis exportandis.* Verum quidem est, quod ubi nihil interest utiliter pœna adjiciatur, *arg. §. alteri. 18. Instit. de inutilib. stipulat.* Sed tamen ex eo non sequitur quod necessariò, ubi interest. Atqui semper ejus cui arbitrium favet interest controversiam eo finitam esse; cum propter sportulas in lite faciendas, Advocatorum honoraria, Procuratorum mercedes, tum alia incommoda quæ litigantes & de jure suo anxios manent, *arg. l. item si res 4. §. 1. D. de alienat. Iudic. mutandi caussa fact.* Denique cur dici non potest interesse locum pœnæ subire ac semper, saltem tacite, promissum censeri? Quod etiam alia res vice pœnæ promitti possit nullus ambigit, propter *l. litigatores 11. §. quod ait prætor 2. D. de receptis qui arbitrium &c.*

Objicies, *l. Labeo 3. §. 2. D. de receptis qui arbitrium.* in verbis: *ait Prætor. Qui arbitrium pecuniâ compromissâ acceperit.* Resp. primò, ex præmissâ multorum distinctione: non cogi quidem arbitrum, cum pecunia compromissa non est, sententiam dicere; cogi tamen litigatores, si dixerit, ei stare. Secundò id quod interest locum pœnæ tenere, *arg. l. diem 27. §. ult. cum l. seq. D. de recept. qui arbit. & l. litigatores 11. §. 2. D. eod.* nec prætorem dicere *pœnâ compromissâ*: sed *pecuniâ compromissâ* pecuniæ autem verbum latissimè patere *l. 2. §. 1. Cod. de constituta pecunia*: nec solum expresse sed & tacitè pacisci nos posse, *l. 2. §. 1. D. de pactis.* Tertio pœnam compromisso adjici, non ut valeat compromissum, sed ne quantitas ejus, quod ob non servatum arbitrium præstandum est, in incèrto sit, ac necesse sit probare id quod interest, *arg. §. ult. instit. de verb. obligat.*

obligat. Ita etiam respondeo ad *l.* 1. *Cod. de receptis arbitris.* *& Novellam* 82. *cap.* 11.

Si dicas legis virtutem esse imperare, vetare, permittere, punire, *l.* 7. *D. de legibus.* Resp. etiam in legibus nonnunquam salutaria consilia proponi, *arg. §. sin autem* 3. *Instit. de pupillari substit. §. ult. Instit. de verb. obligat. l. sancimus* 25. *Cod. de administrat. tut. §. ult. Instit. Quibus alienare licet vel non.*

Nec audiendus est Gothofredus ad *d. Novell.* 82. *cap.* 11. cum putat legem *diem* 27. *§. ult. D. de receptis qui arbitrium,* per dictam Novellam 82. *cap.* 11. correctam esse: contrarium enim ipsa juris ratio & mos Justiniano in corrigendis legibus usitatus manifestè evincunt: ut mittam correctionem legum interpretatione adjuvandam non esse, *l. præcipimus* 32. *§. ult. Cod. de appellationibus.*

Si objicias cum Antonio Fabro quod probatio ejus quod interest sit difficilis, *l. ult. D. de stipulat. prætoriis*, *arg. l. quatenus* 24. *D. de reg. juris*, atque ita inane ac elusorium arbitrium fore: Resp. in *d. l. ult. D. de stipulat. prætoriis* probationem ejus quod interest non absolutè dici difficilem sed plerumque tantum; nostro autem casu (uti ex supra dictis constat) facilem esse, aut certe non impossibilem, quod satis est: præterea aut illationem Fabri inanem esse, aut omne judicium, in quod id quod interest præstandum venit; quod ultimum nemo facile dixerit, *arg. l. unic. Cod. de sententiis quæ pro eo quod interest &c.*

Nihil etiam obstat, *l. Pomponius* 13. *§.* 1. *D. de receptis qui arbitrium.* Quia cum id quod interest locum pœnæ obtineat, ejus petitio exclusa censetur, per hoc quod ex unâ tantum parte pœna compromissa sit: at compromissum plenum esse debet, nec ex unâ parte claudicare, *arg. d. l.* 13. *§.* 1. Denique non video quid in mentem venerit eidem Ant. Fabro, cum Paulum in *l. non distinguemus* 32. *§.* 1. *D. de recept. qui arbitrium.* hæc ver-

ba proferentem: *non cogetur arbiter ſententiam dicere, ſi pœna commiſſa ſit*, in hanc detorqueat ſententiam: quaſi non cogeretur arbiter ſententiam dicere ſi pœna compromiſſo adjecta non ſit; cum in textu nihil tale: pœna enim commiſſa dicitur, quæ jam præſtita ac proinde finita eſt: ita ut amplius deberi & præſtari dictâ ſententiâ non debeat: quo, fit ut ſi nihilominus ſententia diceretur, eluſoria fieret: quare idem Paulus in *l. ſi duo* 34. §. 1. *D. eod.* ita ait, *Semel commiſſa pœna ſolvi compromiſſum, rectius puto dici.* Nec pro contraria ſententia facit *l. litigatores* 11. §. 1. *D. de recept. qui arbit.* quia verum eſt non cogi arbitrum ſententiam dicere, ſi compromiſſum non intervenerit: at quis ex eo inferet pœnam præciſe compromiſſo adjici debere? Quod bene intellexit Accurſius *ad d. l.* 32. §. 1. ut non debuerit eam ob cauſſam ab Ant. Fabro reprehendi. Et diſertis verbis probavit Innocentius tertius inſignis ſuo tempore Juriſconſultus in *cap. per tuas* 9. *ext. de arbitris.* ubi hæc inter alia: *Quod ſi ex parte plebani arbitrium receptum fuerit, indiſtinctè ratum haberi debet, ac per hoc juxta tenorem mandati app. executioni mandari. Si verò receptum non fuerit, refert utrum fuerit, vel non de obſervando ipſum pœna ſtatuta, & quidem ſi pœna appoſita fuit, agi poteſt ad pœnam. at ſi nulla ſtatuta fuerit, ſed ſimpliciter fuit quod ſtaretur ſententiæ compromiſſum, procurator ad intereſſe poterit conveniri, quia juramento ſuo ſeipſum perſonaliter, non eccleſiam poterit obligare.*

DUBITATIO XLIX.

An Compromiſſum præſtito jurejurando iniri poſſit?

CONſtituerat Juſtinianus compromiſſum cum ſacramenti religione fieri poſſe, *l. ne in arbitris* 4. *per totam. Cod. de receptis arbitris.* Jurabant litigatores ſe ſententiæ arbitri obtempe-

temperaturos: Jurabat & arbiter ſuper lite cum omni veritate dirimendâ, *d. l. ne in arbitris 4. §. ſi igitur 1.* vel etiam jurabant ſoli litigatores, *d. l. ne in arbitris 4. §. ſin autem 2.* aut ſolus Judex *d. l. ne in arbitris 4. §. ſed & ſi 3.* Equidem ſive hic, ſive illi, ſive omnes juraverant; ſi modo de interpoſitâ religione manifeſtè conſtabat, ex compromiſſo actio & exceptio rei quaſi judicatæ naſcebatur; ita ut litigatores omnimodò quod arbiter definierat adimplere cogerentur, nec poſſent præſtando id quod intereſt (pœna enim ejuſmodi compromiſſo adjici non ſolebat) ab eo recedere, *d. l. ne in arbitris 4. §. 1. in fine §. & in his omnibus caſibus 4.* Sed noviſſimo jure idem Juſtinianus compromiſſum cum ſacramenti religione fieri prohibuit, *Novell. 82. cap. 11. ex qua petita eſt auth. decernit. Cod. de recept. arbit.* Quæritur an rectè? Ego affirmo: Jusjurandum enim ſe habet per modum acceſſorii reſpectu negocii cui adhibetur, nec ad aliud quam ipſum negotium, quamvis fortius, obſtringit: at compromiſſum neminem ita obligat, ut omnimodò quod arbiter ſtatuit, adimpleat; ſed poſſit ab eo recedere, vel inferendo pœnam vel præſtando id quod intereſt, *l. 2. l. diem 27. §. ult. D. de receptis qui arbitrium.* Accedit quod jusjurandum non trahatur ad incognita; at multis modis arbiter controverſiam finire poteſt de quibus litigatores, vel alteruter eorum, non cogitarunt. Inſuper ratio & textus manifeſtus eſt in *l. ſi libertus 30. D. de operis libertorum.* in verbis: *ſi libertus juraverit, dare ſe quot operas patronus arbitratus eſt, non aliter ratum fore arbitrium patroni, quam ſi æquum arbitratus ſit, & ferè ea mens eſt perſonarum arbitrio ſubſtituentium, ut, quia ſperent eum rectè arbitraturum, id faciant, non quia immodice obligari velint.* Adſtipulatur *l. ſi in lege 24. D. locati. l. 60. §. 4. D. pro ſocio l. 11. §. 7. D. de legat. 3.* Quid enim, ſi, cum de proprietate fundi inter me & Sempronium contentio eſſet, præſtito utrinque ſolemni

lemni ſacramento de ſervanda omnimodò Arbitri ſententia, electus Arbiter Titius pronunciaverit fundum neque ad me, neque ad Sempronium, ſed ad ſe pertinere? Quid ſi compromittentes, poſtquam jurarunt, animadvertant arbitrum omninò ignarum eſſe negocii de quo controverſia eſt? quæ ſpecies Juſtiniano in *d. Novell. 82. cap. 11.* propoſita fuit. Quid ſi poſt pronuntiatum arbitrium unus litigatorum dicat, neque ſe neque adverſarium de ejuſmodi ſententiâ ullo modo cogitaſſe: alter affirmet: & ita alter alterum perjurii inſimulet? ad quem caſum etiam reſpexit Imperator in *d. novella 82. cap. 11.* Longè itaque melius eſt Jusjurandum in compromiſſis omittere, quam in unam harum incommoditatum incidere, *d. novell. 82. cap. 11. ex qua petita auth. decernit. Cod. de receptis arbitris.* Enimvero ſi non obſtante hâc prohibitione compromiſſum præſtito jurejurando factum ſit, non quidem præcepit Juſtinianus illud nullius momenti eſſe, ſed actionem vel exceptionem rei quaſi judicatæ non parere, aut majorem vim habere, quam ſi jurisjurandi religio non acceſſiſſet, *d. Novella 82. cap. 11. §. 1.* in verbis: *quia ſi hoc non egerint, neque ſtipulati fuerint pœnam, ſed exiſtimaverint ſufficere ſibi ex jurejurando cautionem &c.* A quo non longe diſcedit reſcriptum Alexandri III. in *cap. non ſine 2. ext. de arbitris.* eo enim illa duntaxat ſententia in cauſſâ jurati compromiſſi prolata ſervari præcipitur, quam compromittentes veroſimiliter expectarunt, non aliam.

DUBITATIO L.

Si in tres fuerit compromiſſum, An duo abſente tertio poßint cauſſam determinare?

SI in tres compromiſſum fuerit, non poſſunt duo abſente tertio, licet citato, cauſſam determinare: Quod in *l. 17. §. ult.*

ult. D. de receptis qui arbit. ita probat Ulpianus: *Celsus libro secundo Digestorum scribit, si in tres fuerit compromissum, sufficere quidem duorum consensum, si præsens fuerit & tertius: alioquin absente eo, licet duo consentiant, arbitrium non valere: quia in plures fuit compromissum, & potuit præsentia ejus trahere eos in ejus sententiam.* Est enim in tres compromissum, non duos, *l. 39. D. de re judicata,* cum ait: *Duo ex tribus judicibus uno absente judicare non possunt: quippe omnes judicare jussi sunt.* Et si tertius præsens fuisset, præsentiâ ac rationibus suis potuisset eos in suam sententiam trahere, *d. l. 17. §. ult.* præterea absente tertio non servatur forma mandati quo determinationem caussæ in se susceperunt. *textus in l. Pedius 7. §. unde Iulianus 1. l. non distinguemus 32. §. de officio 15. D. de receptis qui arbitrium* quo sensu compromissum stricti juris esse scripsit Decianus *consilio 33. lib. 1.*

Atque ob hanc ac proximè præcedentem rationem hic non tenet regula: Quod potest fieri aliquo invito, potest fieri eo ignorante: petita ex *l. ergo 4. §. illud 3. D. de fideicommissariis libertatibus.* neutra enim in specie, de qua in *d. l. ergo 4. §. illud 3.* agitur, militat; uti benè observat Cumanus *ad l. 39. D. de re judicata.* Neque refert tertius evocatus fuerit, an non: quia non dicitur contumax, qui non paruit æquali suo, *Bartolus & Fulgosius ad d. l. 17. §. ult. D. de recept. qui arbit.*

Quod autem dici solet contumaciam esse pro præsentia, *auth. qua in provincia. vers. sed si nec ipse. Cod ubi de criminib. agi oport.* tum verum est cum de præjudicio contumacis agitur, non alterius. Ergo, dices, procrastinatio tertii damnum litigatoribus adferet, quorum interest quam celerrimè controversiis finem imponi. Respondeo paratam esse prætoris auctoritatem, qua omnes & singuli, qui arbitrium suscepére, sententiam dicere coguntur, *tot. tit. D. de receptis qui arbitrium ut*

ſententiam dicant. & ibi l. 3. §. tametſi 1. Et ſecundum hæc ſenatus Sabaudiæ judicavit, *Ant. Fab. in Cod. tit. de receptis arbitris, definit. 3.*

Nihil obſtat *cap. ult. de Arbitris, in ſexto.* Quia de compromiſſo intelligi debet, quod ſuper iis quæſtionibus, quas ad cognitionem Judicum neq; ſolent neque volunt controvertentes deferre, ſed ad amicabilem piorum aliquorum ac præcipuè eccleſiaſticorum hominum compoſitionem & determinationem: uti contingit cum frater in fratrem peccavit, nec tamen eum audire cupit: de quo *Matth. cap. 18. verſ. 15. & ſeqq.* Probo: quia Pontifex in *d. cap. ult. de arbitris, lib. ſexto* hæc ſubjicit verba: *ut ſic ipſius abſentia præſentiâ repleta divinâ eum reputari faciat pro præſente.* petita manifeſtè ex *d. cap. 18. Matth. verſ. 20.* Videnturque partes ob piam ſanctamque intentionem ſuam conveniſſe, ut tertio abſente reliqui duo quæſtiones examinent & pronuntient, quemadmodum in *l. ita demum 31. §. cum in plures 13. D. de receptis qui arbitrium &c.* ut eo celerius determinentur: ita enim Pontifex d. loco: *Vt quæſtionibus finis celerius imponatur:* quod in hiſce quæſtionibus maxime obtinet: utpotè quas ante ſolis quaſi occaſum finiri charitas proximi efflagitat; non autem in aliis: uti patet ex tempore finiendis litibus à jure civili præſcripto, *l. properandum 13. Cod. de Iudiciis:* quod à jure Canonico magis extenſum eſt quam coarctatum, *c. venerabilis 20. ext. de Iudiciis.* Ita ut quod in *c. ult. de arbitris, in ſexto,* habetur, ſingulare ſit; ac proinde juri civili non deroget. Quapropter ait Pontifex: *licet lex civilis aliud innuere videatur.* probè enim ſciebat aliud revera non innuere: ſciebat jus civile loqui tantum in theſi & controverſiis communibus, quæ ad notitiam Judicum deferre ſolent; non autem in hypotheſi & ſpecialibus illis, de quibus Pontificem intelligendum eſſe jam dixi.

DU-

DUBITATIO LI.

An mulieres arbitri officio fungi possint?

MUlieres arbitri officio fungi non possunt: *Sancimus*, inquit Justinianus, *mulieres suæ pudicitiæ memores, & operum quæ ei natura permisit, & à quibus eas jussit abstinere, licet summæ atque optimæ opinionis constitutæ in se arbitrium susceperint, vel, si fuerint patronæ, etiamsi inter libertos suam interposuerint audientiam: ab omni judiciali agmine separari, ut ex earum electione nulla pœna, nulla pacti exceptio adversus justos earum contemptores habeatur, l. ult. Cod. de receptis arbitris.* Est enim arbitri officium civile, à quo mulieres removentur, *l. fœminæ 2. D. de reg. juris.* quare nec Judices dari possunt, *l. cum prætor 12. §. non autem 2. in fine D. de Iudiciis.* At compromissum ad similitudinem judiciorum redactum est, *l. 1. D. de receptis qui arbitrium.* Accedit argumentum *ex 1. ad Corinth. 14. vers. 34.*

Neque obstat *cap. dilecti 4. ext. de Iudiciis.* Quia nihil aliud ibi respondet Pontifex quam quod mulieres Arbitri munere in illis regionibus rectè fungantur in quibus generali probatâque consuetudine hoc inductum est: ita enim inquit: *Quia tamen juxta consuetudinem approbatam, quæ pro lege servatur, in partibus Gallicanis fœminæ præcellentes in subditos suos ordinariam jurisdictionem habere noscuntur, mandamus, quatenus hospitalarios, ut arbitrium ipsum præsertim cum Episcoporum fuerit præsentia & consilio roboratum, sicut proinde latum est, & ab utraque parte sponte receptum, observent, per pœnam in compromisso statutam appell. postpo. compellatis.* Sed consuetudinem juris vim habere nemo dubitat, *l. de quibus 32. per totam. D. de legibus.* §. *sine scripto 9. Instit. de jure nat. gent. & civili.* Præterea

terea in ſpecie Pontifici propoſita litigatores non ſolum compromiſſum inierant, ſed etiam arbitrium jam à muliere pronuntiatum mutuo conſenſu approbaverant; quod à juris civilis ratione alienum non eſt: Licet enim eo mulier, ut arbitri munere fungatur, electa, non cogatur ſententiam dicere, poſſintque partes impunè dictam contemnere, *d. l. ult. Cod. de receptis arbitris*. nihil tamen impedit, quominus ſententia à muliere dicta & ſponte à partibus recepta & approbata effectum ſuum ſortiatur: imò, ſi pœna compromiſſo adjecta non ſit, actionem & exceptionem rei quaſi judicatæ pariat; idque ex novo illo mutuoque conſenſu, *arg. l. cum antea 5. Cod. de receptis arbitris, l. 1. Cod de juriſdictione*. Accedit quod in *d. cap. dilecti*. Epiſcoporum præſentia & conſilio arbitrium mulieris corroboratum fuerit, *verſ. præſertim cum Epiſcoporum &c*. Ex quibus omnibus patet ex hac parte nihil juri civili derogari.

Ne dicas ſupra dictam conſuetudinem corruptelam eſſe: adeoque nullius momenti, *arg. novell. 134. cap. 1. in fine*. cum ex auctoritate Ariſtotelis imperare aliaque civilia munera ſuſtinere ejus ſit qui eſt perfectioris naturæ, cujuſmodi eſt Mas. Quia ut ex ejuſdem Ariſtotelis auctoritate traditur: argumentum à bene eſſe non concludit ad eſſe neceſſariò. Præterea plurimæ reperiuntur mulieres quas natura ſolertes, induſtria literatas, educatio pias, experientia ſapientes fecit; virtus enim nemini præcluſa, neque ſexum aut cenſum eligit: & ita plures fuêre mulieres fortes, cautæ, caſtæ, quæ virilibus curis (ut utar verbis Taciti) fœminarum vitia exuerant. Exemplò ſit Semiramis de qua, cum poſt obitum Nini mariti ſui mentita ſexum virilem eſſet maximaſque res geſſiſſet, ita loquitur Juſtinus: *Nec hoc rei dignitatem ei ademit, ſed admirationem auxit, quod mulier non fœminas modo virtute, ſed etiam viros anteiret.* Cui æquiparari debent Maſſagetarum Regina Tomyris, Regina Cariæ Artemiſia, aliæque innumeræ. D U-

DUBITATIO LII.

An suspectus Iudex recusari possit & removeri?

QUia sine suspicione lites procedere debent, permissum est Judicem suspectum recusare, *l. apertissimi* 16. *Cod. de Iudiciis*. Suspectus autem dicitur de cujus fidei synceritate ex justâ aliquâ caussâ dubitatur, *arg. §. suspectus 5. & §. fin. Instit. de suspectis tutoribus*. Nec refert an Jurisdictioni, quam jure suo habet, præsit; an demandatæ sive delegatæ tantum: vel etiam simplex caussæ cognitio ei concessa sit; veluti pedaneo: Quia in omnibus eadem militat ratio, *d. l. apertissimi 16. l. ult. Cod. de Iudiciis l. ult. Cod. de sentent. & interlocut. &c. Novell. 13. c. 2. Novell. 53. c. 3. Novell. 83. c. 8. Nov. 86. c. 2 unde sumpta est anthent. si verò contigerit. Cod. de Iudiciis*. Sed tamen non eundem in omnibus recusatio effectum habet: Nam Judex delegatus sive à magistratu sive à Principe datus sit, & multo magis pedaneus à caussæ cognitione planè removetur, *d. l. apertissimi 16. l. ult. Cod. de Iudiciis*. Verùm ordinario Judici Collega adjungitur, *d. auth. si verò contigerit. Cod. de Iudiciis. Novell. 82. cap. 8. Novell. 86. cap. 2. Cujac. ad d. Novell. 53*. Rationes diversitatis hæ sunt: quod ordinarii jurisdictio, tanquam à lege data firmior & diuturnior sit, *arg. l. more majorum 5. cum l. seq. D. de jurisdictione*. ac proinde publice intersit auctoritatem ejus non tam facile, quam ullius alterius, labefactari, *arg. l. observandum 19. in prin. D. de officio præsidis, l. servo 65. § cum prætor 2. ad SC. Trebellian*. Quod circa Judicem delegatum atque etiam pedaneum fraus adhiberi possit, dum per subreptionem vel obreptionem impetrantis datur, *l. observandum 47. D. de judiciis. l. si quando 2. Cod. de dilationibus, cap. adhæc 10. ext. de rescriptis*. non autem circa ordinarium, utpote qui nullo ad

hos illos-ve litigantes respectu; sed in genere constituitur, *arg. l. 1. & 2. D. de jurisdictione.* Quod proinde hic omnis suspicio per adjunctionem Episcopi vel alterius spectatæ fidei viri tolli queat; *arg. d. auth. si verò contigerit. Cod. de judiciis. junctis Novellis supra relatis.* at non nisi per remotionem; cum delegatus vel etiam pedaneus de caussâ cogniturus est, *d. l. apertissimi & l. ult. Cod. de Iudiciis.* Et hæc est communis interpretum opinio, *glossa ad d. l. apertissimi 16. in verb. Iudices. Bartol. ad eandem l. n. 1. Baldus n. 7. Iason n. 4. Sichardus num. 7. Speculator in tit. de Iudice delegato §. superest. Andreas Gail. lib. 1. obs. 33. Didac. Couvarr. pact. quæst. 26. num. 1. Damhoud. in sua praxi civili cap. 125. plures quos citat, & sequitur Aug. Barbosa ad d. auth. si vero contigerit. Molina de Iustitia & jure tom. 6. tractat. 5. disput. 23. num. 4. Osasc. decis. 84. in prin. Probat praxis Hollandiæ, Merula lib. 4. tit. 40. cap. 4.*

Objicies *l. prætor 17. D. de Iurisdict.* Resp. quod in hac specie prætor recusatus suspectus non fuit: sed ultro jurisdictionem suam alteri demandavit, ne videretur in propriâ quasi caussâ jus dicere: ex eo enim quod ante susceptum magistratum Advocatus in caussâ fuit, ipsius interesse videri posset eam partem superare cui antea patrocinium præstitit, *arg. l. ult. D. de testibus.* Præterea vix est ut prætor recusari suspectus possit, cum raro ipse judicare; sæpius autem judices dare solebat, *arg. l. 1. & l. 3. D. de jurisdictione, l. ait prætor 5. in prin. l. à divo 15. D. de re judicata, cum similibus.* & si in specie dictæ legis *si prætor 17.* judicare voluisset, (uti aliquando fecit *l. si prætor 75. D. de judiciis. l. quod si minor 24. §. ult. D. de minoribus l. 4. D. de jurisdict. l. minor 39. in prin. D. de evict.*) ipsi suspecto recusato Collega datus fuisset. Denique in specie *d. l. prætor 17.* prætorem remotum fuisse nemo facile dixerit: qui enim jurisdictionem suam mandat, non eo minus eam retinere & cognoscere

gnoscere intelligitur; cum is qui mandatam suscepit, nihil proprium habeat, nec suâ sed alienâ vice fungatur, *l. 1 §. 1. l. 3. D. de officio ejus &c.*

Objicies *l. qui jurisdictioni 10. D. de jurisdictione.* Resp. verum quidem esse, quod qui jurisdictioni præest, neque sibi jus dicere debeat neque uxori vel liberis suis, neque libertis vel ceteris quos secum habeat: sed nostra quæstio est, quid dicendum, si, cum jus dicere inter litigatores ipsi liceat, & tamen alterutri eorum ex justâ aliquâ caussâ suspectus videatur, removendus sit, an alius ipsi associandus? Eodem modo respondeo ad *l. Iulianus 17. D. de judiciis.* Ut omittam quod illa lex de judice dato loquatur.

Objicies *l. nemo 4. Cod. de jurisdictione omnium Iudicum.* Resp. hunc textum nihil aliud velle, quam quod exceptio dilatoria, veluti fori præscriptio, vel etiam suspecti Judicis, ante litiscontestationem proponenda sit, quod regulariter verum est, *l. pen. Cod. de except. l. exceptionem 19. Cod. de probat. l. filiusfam. 8. §. pen. l. Pomponius 40. §. pen. D. de procurat. l. 62. in prin. D. de judiciis.*

Nihil quoque obstat *l. si pariter 9. in fine prin. D. de liberali caussa.* Quia de eo judice loquitur cui ex hac caussâ prætor jurisdictionem suam demandavit: ait enim *quo casu an præsenti soli permissurus sit prætor adversus eum agere, dubitari potest*: permissurus nempe coram delegato. Quod manifestius ex eo patet, quod eundem in sequentibus simpliciter Judicem vocet. Pedaneum autem non intelligo, ut potè quem scio de liberali caussâ cognoscere non posse, *arg. l. 1. Cod. de ordine cognitionum, l. 2. Cod de pedaneis judicibus. l. ult. Cod. ubi caussa status agi debeat l. 32. §. 7. D. de recept. qui arbit.*

Oppones *auth. & consequenter Cod. de sententiis & interlocut.* Resp. quod de delegato judice loquatur; idque constat.

ex verbis *aliusq; mereri apud quem &c.* & in ipſa Novella:*alium verò mereri &c.* ſcilicet à principe.In Principio enim de Judice à ſe dato Juſtinianus mentionem fecerat.

Nihil urget quod ratio ob quam ſuſpectus judex recuſari queat,relata in *l. apertiſſimi 16.* generalis ſit,& fundamentum in æquitate naturali habeat, *c. quod ſuſpecti 3. quæſt. 5.* Quia fateor ordinarium Judicem recuſari quoque poſſe; licet non eodem cum effectu, quo recuſatur delegatus vel pedaneus: ſatis eſt quod cum effectu ſufficienti: & ei,qui illum ſuſpectum habet, abunde conſulatur.

Ex quo etiam apparet falſum eſſe quod occaſionem delinquendi præbeamus, contra *l. non diſtinguemus 32. §. cum quidam 14. D. de receptis qui arbit. l. illud convenire 5. §. 1. D. de pactis dotalib.* quia per adjunctionem Collegæ omnis occaſio delinquendi ordinario præſcinditur.

Quod denuò ex *d. l. non diſtinguemus 32.§.cum quidam* 14. petitur,nullius efficaciæ eſt:cum ille textus de arbitro loquatur.

Si dicas liberum eſſe ei qui ſuſpectum judicem dicit,petere, ut vel removeatur,vel Collega ei detur, *Novell. 53. c.3.* Reſp. hoc verum eſſe in delegato vel pedaneo, *arg.d. Novell.53.c.3.* non autem in ordinario, *d. Novell. 86. cap. 2. & auth. ſi vero contigerit. Cod. de Iudiciis.* Neque obſtat quod in *d. Novell.86. cap. 2.* hæc verba exprimantur; *Vt non cogantur noſtri ſubjecti propter hujuſmodi cauſſas recedere à propria patriâ:* Senſus enim eſt,quod ex eâ ſolâ cauſſâ,quod reus præſidem vel alium ordinarium Judicem coram quo convenitur ſuſpectum habeat, non cogatur Actor recedere à propriâ patriâ & reum alibi convenire; ſed præſidi alii-ve ordinario recuſato Archiepiſcopus, Epiſcopus vel alius ſpectatæ fidei vir aſſociandus ſit, *ut ambo per amicabilem conventum diſſolvant, quæ dubia ſunt, d. Novell. 86. cap. 2.* Ex quo etiam corruit expoſitio Zaſii *ad auth. ſi vero*

conti-

contigerit. num. 9. Ut omittam falsum esse in *d. Novella* 86. *cap.* 2. de suspecto judice non agi: in dubitationem enim Judicem habere, nihil aliud est, quam de ipsius synceritate dubitare; atque ita ipsum suspectum habere, *arg.* §. 5. *&* §. *ult. Instit. de suspectis tutoribus.*

Enim verò jure Canonum, si quantumvis ordinarius Judex veluti Episcopus ob suspicionem legitime recusatus fuerit, ei alius non adjungitur, sed à cognitione negotii prorsus abstinet, *cap. si quis contra clericum.* 4. *ext. de foro competenti. cap. secundo requiris* 41. *vers. tertio postulas. cap. cum speciali* 61. *ext. de appellation. & ibi gloss. Iason in l. apertissimi. num.* 5. *And. Gail. lib.* 1. *obs.* 33. *num.* 1. *Myns. cent.* 2. *obs.* 52.

Quod ex summi Pontificis præcepto Episcopi cæterique Ecclesiastici Judices ultrò & quasi ex sanctâ quadam modestiâ facere videntur: quod etiam olim prætor in certo casu, licet non recusatus, fecit, *l. prætor* 17. *D. de Iurisdictione*, & non pauci etiamnum facere solent, quotiescunque amici sui caussa vertitur: Ita ut ex hoc capite jus civile impugnare nimis temerarium sit.

DUBITATIO LIII.

An caussa suspicionis nominatim proponenda & probanda sit?

QUi Judicem sive ordinarium, sive delegatum, vel etiam pedaneum suspectum recusat, caussam habere debet, & quidem justam: veluti quod Judex ei inimicus, amicus adversario sit, *l. si pariter* 9. *in prin. D. de liberali caussa.* quod ab adversario heres institutus sit, *l. Iulianus* 17. *D. de Iudiciis.* aut ab eo ultrò petitus, *l. observandum.* 47. *D. eod.* aut alia similis, quæ ex certis indiciis & circumstantiis aliquem ita exterret ac conturbat, ut quamvis bonam caussam habeat, faustum

tamen exitum ſperare nequeat. Verum ea cauſa in refutatorio libello, duntaxat in genere, non nominatim & in ſpecie proponitur; deferturque refutanti jusjurandum calumniæ, quo ſolenniter jurat ſe non calumniandi animo, ſed ex juſtâ cauſſâ judicem recuſare, *arg. l. apertiſsimi 16. & ibi gloſſ. in verſ. libello. Bald. in d. l. apertiſsimi num. 7. Iaſon n. 15. & DD. communiter. Andreas Gail, lib. 1. obſ. 33. n. 14. Mynſing. cent. 2. obſ. 52.* Et cum quiſque memor eſſe debeat ſalutis ſuæ: nec refutatio tendat in præjudicium adverſæ partis, vel etiam Judicis (uti ſtatim patebit:) neque, cum ſuper cauſſâ refutationis diſputatur, ipſius litis cognitio proteletur, contra *arg. §. ult. Inſtit. de exception.* & Reipublicæ interſit lites quam citiſſimè finiri, *l. properandum 13. Cod. de Iudiciis*, nec præſcribi cuiquam poſſit cur metuat, cum varii ſint hominum affectus & negociorum circumſtantiæ, *l. quia poterat 4. in fine D. ad SC. Trebellianum.* ſatisfactum rationi juris tali modo videtur. Quapropter hanc ſententiam communis ſchola amplectitur, *gloſſ. ad d. l. apertiſsimi in verb. recuſare & verb. libello Bartol. n. 8. Aug. n. 9. Caſtrenſ. n. 7. Iaſon n. 20. Salicetus n. 7. Didac. Couvarr. pract. quæſt. cap. 26. n. 1. ubi plures citat, qui communem eſſe dicunt, veluti Panorm. in cap. ſi quis contra. n. 12. de foro compet. in repetit. Aufre. tract. de recuſ. n. 3.*

Si dicas recuſationem ad ſugillationem Judicis pertinere, quem decet honorem ſuum ſalvum habere, *l. omnem 10. Cod. quando provocare non eſt neceſſe, arg. l. quæ omnia 25. D. de procuratoribus, l. ſi quis 5. D. de Iudiciis, l. ex quacunque 2. in prin. D. ſi quis in jus vocatus non ierit.* Reſp. recuſationem ad contemptum Judicis non pertinere: nec recuſantem cum diſcrimine alienæ exiſtimationis vagari, contra *l. prætor ait 7. in prin. D. de injuriis. l. item exigit 16. D. de dolo malo.* ſed ſuum duntaxat metum allegare, ſæpiſſime provenientem ex cauſſâ

quæ

quæ judicis existimationem non contingit. Denique illum nemini injuriam facere, qui jure suo utitur, *l. nullus* 55. *D. de reg. juris. l. Proculus* 26. *D. de damno infecto.* & concessâ sibi à legibus utitur potestate, *l. injuriarum* 13. §. *1. D. de injuriis*, *l. quo naufragium* 3. §. *quod ait.* 7. *D. de incendio, ruina, naufragio &c. l.* 9. §. *1. D. de condict. caussa data causs. non secut.* Imo Judicem recusatum, vel ex eo suspectum fieri, quod caussam recusationis nominatim exprimi & probari velit, quasi cognitionem caussæ affectantem & ultrò operam suam invito ingerentem, *arg. l. quæ omnia* 25. *D. de procuratoribus*, quod probus & innocens vir nunquam facere solet, *arg. l. scire* 21. §. *ult. D. de tutoribus & curatoribus datis &c.* Quare quod Cujacius *lib. 9. observat.* 23, ait: jure veteri recusationis caussam exprimi non debuisse, placet: nam ante litiscontestationem qui judicem suspectum putabat, simpliciter dicebat, *Hunc nolo, timidus est*, ut in Panegyrico Plinius: *Sors & urna*, inquit, *Iudicem adsignat, licet rejicere, licet exclamare, Hunc nolo, timidus est:* vel interposito jurejurando, ut his verbis Asconius Pædianus docet, *Eiero, iniquus est.* Quod verò dicit jure Romano posteriori aliter fieri: hoc, quod ad hanc suspicionis caussam nominatim & in specie proponendam & probandam adtinet, falsum est; neque contrarium probat, quam allegat, *l. ult. Cod. de judiciis* cum dicat sufficere Judicem suspectum recusari & hoc actis inseri. Nihil etiam ipsi suffragatur *l. si pariter* 9. *in prin. D. de liberali caussa:* cum quia recusans nominatim & in specie nullam hic caussam exprimit, tantum Judicem sibi inimicum esse affirmat: quod generale dictum est; nec longe diversum ab eo Plinii: *Hunc nolo, timidus est.* vel Asconii Pædiani, *iniquus est.* tum quia non dicit, proprietarium vel usufructuarium hoc affirmare debuisse, multo minus peculiarem aliquam inimicitiæ caussam allegare & probare debuisse: ut omittam non re-

ctè Cujacium dictam legem, *si pariter 9. D. de liberali caussa*, à veteri Romanorum jure distinguere.

Si objicias, quod, qui dicit, probare debeat, *l. 2. D. de probationibus*. Resp. recusantem nihil aliud positive affirmare; quam quod judex ipsi suspectus sit: quod ipsius judicium & non alterius metuat: quod si non removeatur, vel alius ipsi adjungatur, (secundum sæpè dictam distinctionem) non possit, licet optimam caussam habeat, propitium exitum sperare. At hæc omnia cum ab animo recusantis dependeant, solius sacramenti religione probari possunt & debent. Verum quidem est, jure canonico caussam in libello recusatorio exprimendam & coram electis arbitris probandam esse: si non probetur, vel non satis idonea sit, principale negocium ad Judicem recusatum remittendum: quod si caussa suspicionis probata fuerit, tum arbitros, vel proximè superiorem judicem de principali caussa cognoscere posse, *cap. secundò requiris. 41. §. Tertiò postulas. cap. cum speciali 61. ext. de Appellationibus*. Sed uti posterior hujus doctrinæ pars nullam difficultatem habet, non ita prior: nam si recusationis caussa probata non fuerit, vel non sufficiens illa sit, jam justissimè iratum sibi Judicem recusans metuere potest, ex eo, quod illum suspectum redarguit & quidem (uti nunc constare videtur) immeritò: ita ut jam justam recusationis caussam, quam antea non habebat, vel saltem probare non poterat, habeat. Quare putaverim, ut & huic juri suus constet honos, prædicta capita de spontaneâ & modestâ illâ Ecclesiastici judicis recessione, & cognitionis negocii principalis abdicatione intelligi debere, quæ toties fieri solet, quoties constare potest ex aliquâ caussâ Prælatum parti suspectum esse.

DU-

DUBITATIO LIV.

An Syndici, Tutores vel Curatores per procuratorem agere poſſint?

CUm jure civili cautum eſſet, civitatis actorem negocium publicum per procuratorem agere non poſſe, *l. nec civitatis 74. D. de procuratoribus*, quemadmodum nec tutores pupillorum ſuorum vel Curatores minorum cauſſas in judicio tractare, *l. neque 11. l. nulla 23. Cod. de procuratoribus.* ex eo quod non ſint earum domini, ſed prius per litiscontestationem fieri debeant, *d. l. neque 11. l. procuratoribus 22. l. nulla 23.* Dubitatum ſcio, an ſatis rectè? & non melius ſeſe jus Canonicum habeat, quo Prælati reliquique venerabiles Clerici in beneficiorum aliorumque negociorum ſuorum cauſſis procuratorem conſtituunt, *cap. 1. & paſſim tot. tit. ext. de procuratoribus. cap. olim 12. ext. de reſtitutione ſpoliator. cap. cum cauſſam 6. ext. de Iuramento Calumniæ. cum ſimilibus.* Verum ſciendum eſt, quod utrumque jus mutuo ſocietatis vinculo cohæreat. Nam quamvis beneficiorum aliorumq; eccleſiaſticorum proventum & emolumentorum Prælati cæterique Clerici propriè loquendo domini non ſint; comparata tamen illa ſunt ad ipſorum honeſtam & congruam ſuſtentationem; quare iis utuntur, fruuntur, ac jure quaſi ſuo adminiſtrant. Syndici autem, tutores ac Curatores aliena prorſus negocia agunt & ſuſtinent, non comparata ad ſuam utilitatem & ſuſtentationem.

DUBITATIO LV.

An jure civili vel Canonico infamis procurator esse possit?

IUre civili infamis neque Judex, *l. cum Prætor* 12. §. *pen. D. de Iudiciis juncta l. 2. D. de senatoribus*. neque Assessor, *l. 2. D. de Assessoribus*. neque Advocatus esse potest *l. 1. §. 5. & §. ait Prætor 8. D. de postulando*. Hinc Quintilianus: *non recte agis, ignominiosus*: præterea: *Non habes jus abdicandi: quia ignominioso non est actio. lib. 3. cap. 6.* Arbiter tamen esse potest, *l. Pedius 7. in prin. D. de receptis qui arbit.* Sed an procurator ad lites? Non: Olim enim cognitor fieri non poterat: Paulus *lib. 1. sentent. tit. 2.* ubi ait: *Omnes infames, qui postulare prohibentur, cognitores fieri non possunt, etiam volentibus adversariis*. At pro cognitoribus, hodie procuratores sunt: cum olim procuratores absentibus litigatoribus, cognitores præsentibus caussas agerent; maximè si caussæ status essent, *Asconius in 3. ver. Cujac. ad d. lib. 1. tit. 2. sentent. Pauli.* Accedit juris Canonici auctoritas, *c. infamis 3. quæst. 7.* ubi dicitur: *Infamis persona, nec procurator esse potest, nec cognitor.*

Nihil obstat *§. ult. Instit. de Except.* quia innuit infamem procuratorem esse non posse, alioqui non rectè exceptio de infamiâ procuratoris objiceretur: scilicet, si de procuratoris infamiâ clarè ac liquidò constet, ita ut de eo disceptari non oporteat: Verum si omninò dubium sit, num procurator infamis, an verò integræ existimationis sit, maluit Justinianus favore determinandarum litium caussam potius principalem tractari, quam super statu procuratoris disputari, *arg. l. properandum 13. Cod. de Iudiciis. Antonius Faber ad l. Pedius 7. D. de receptis qui arbitrium.*

DU-

DUBITATIO LVI.

An minor 25. annis procurator esse possit?

Minor 25. annis procurator esse potest, non solum ad negocia extrajudicialia; *l. 1. §. cujus autem 4. D. de exercit. action. l. sed et si 7. §. ult. cum l. seq. D. de institoria action.* sed etiam ad lites, *arg. §. justæ 5. Instit. qui & ex quibus caussis manumitt.* cum & Advocatus esse possit, *l. 1. §. initium 5. D. de postulando.* & Judex; maximè si litigantes consentiant, *l. quidam consulebat 57. D. de re judicata.* atque etiam Consulatu fungi, *l. unic. §. Consules 2. D. de offic. Consul.*

Si dicas quod postulare & procurare diversa sint. Resp. diversa non esse quoad ætatem 25. annis minorem: Imo nec quoad alia multa: nam ut Advocatus maximè in jure spectatur, *l. 1. §. 2. D. de postulando, l. 1. §. Advocatos 11. D. de variis cognit.* ita etiam procurator ad lites, *arg. l. procuratoribus 22. cum l. seq. Cod. de procuratoribus.* licet evenire possit ut etiam extra judicium uterque aliquid agat. Quod minor possit in propriâ caussâ postulare, hoc falsum est, *arg. tot. tit. Cod. qui legitimam personam &c.* Quare cum in *l. 1. §. 2. D. de postulando*, dicatur, *postulare autem est desiderium suum vel amici sui &c.* denique in *§. initium 3.* quod major 17. annis postulare possit; hoc ad postulationem in alienâ caussâ referendum, non etiam in propriâ, *arg. §. item inviti 2. Instit. de Curator. l. 2. Cod. qui legitimam &c.* Quod procurator litem contestetur, eâque contestatione Dominus litis fiat, *l. procuratoribus 22. cum l. seq. Cod. de procurat.* non autem Advocatus; aliquid esset, si procurator proprio & non alieno nomine litem contestaretur. Porrò quæ inter Advocatum & procuratorem quoad læsionem ponitur differentia, nulla est: uti in sequentibus patebit.

Nihil obstat *l. exigendi 12. Cod. de procuratoribus.* Quia de defen-

defensore, non autem procuratore propriè dicto loquitur: ait enim *qui se defensioni tuæ, &c.* deinde: *aut quod defendere quis &c.* Porro: *satisdatione tamen pro defensione præstita &c.* Præterea in *d.l.exigendi 12.* pater aberat, nec ullum mandatum filio dederat; uti ex toto contextu & maximè ex fine ejus constat. Quare illa verba, *sanè quod necdum legitimam ætatem idem filius tuus &c.* de ætate 25. annorum intelligo, quam defensor adimplevisse debet, *l. minor. 51. in prin. D. de procuratoribus.* & quia legitima ætas in dubio & frequentiori nostri juris usu est 25. annorum, *arg. l. ex duobus 27. in prin. D. de negot. gest. l. quæro 32. §. ult. D. de testam. tutel. l. 1. in prin. D. de fidejussor. tutor. l. Aurelio 20. §. 1. D. de liberat. legat. l. ult. §. divus 9. D. de Publicanis l. si fidejussores 41. D. de fidejussorib. l. ult. in fine D. de Appellat. l. ult. Cod. de his qui veniam ætatis &c. l. pen. Cod. quando dies legat. l. actione 4. Cod. de transact. l. 1. Cod. de Curat. furios.* licet sæpius pro subjectâ materiâ variè accipi soleat, *arg. l. 2. Cod. si mater indemnit. promisit. cum similibus.* Nihil movent ejusdem legis sequentia verba: *ob hoc quidem depellere à procurationis officio eum judex &c.* Respicit enim Imperator ad hoc quod inter alia antè dixerat: nempe quod filius pro patre, etiam tanquam procurator, licet mandatum non habeat, intervenire possit: nunc dicit, hoc quidem rigore juris inspecto verum esse, si filius major sit 25 annis: quia licet ut procurator interveniat, revera tamen procurator non est, sed potius defensor, *l. si quis 3. §. sed etsi fortè 3. D. Iudicatum solvi.* qui major 25. annis esse debet *d. l. minor. 51. D. de procuratoribus.* Eo tamen non obstante: quia filius pro patre, & quidem absente, atque alioquin fortè condemnando intervenit, putavit ex æquitate aliquid remittendum esse, admittendumque defensorem patris filium, licet vigesimum quintum annum necdum attigerit, multo minus impleverit, *d. l. exigendi 12. Cod. de procurat.*

Obji-

Objicies porrò, minorem 25. annis procuratorem in integrum restitui posse; nempe si eventu damnum passurus sit, eo quod dominus non est solvendo, atque ita ab illo servari quod præstitit non queat, *l.cum mandatu 23.vers.sed si eventu &c.D.de minoribus*.ac proinde procuratorem esse non posse *arg.l. minor. 51. in prin.D.de minor.* Verùm resp. hunc casum omnino singularem esse; jura autem ad ea potius aptari debere, quæ & frequenter & facilè, quam quæ perrarò eveniunt, *l. Iura 3. l. ex his 4. cum ll. seqq. D. de legibus.* Specialitatis rationem in eo consistere, quod æquum sit fortuitam domini inopiam adversario potius, quam minori procuratori nocere; cum quæ inter actorem & reum obligatio & actio est, fortior atque efficacior hoc in casu æstimari debeat, quam quæ inter Dominum & procuratorem suum, præcipuè minorem.

Quod adtinet ad *l. minor. 51. in prin. D. de minoribus.* Respondeo eam manifestè de defensore, non procuratore, loqui: minorem autem 25. annis defensorem esse non posse: quia propter satisdationem judicatum solvi, quam præstare cogitur, proprium aliquomodo negotium agere videtur, ideoque læsus in integrum restitutionem petere potest, *d. l. minor. 51.* Quæ in procuratore, utpotè alienum omnino negotium agente, diversa sunt, *l. 1. in prin. D. de procurat. arg. l. cum mandatu 23. in prin. D. de minoribus.*

Oppones *prin. Instit. de Curatoribus. §. item major 13. Instit. de Excusat. tutor. vel Curat.* Resp. quod textus non procedant indestinctè, *arg. §. inviti 2. Instit. de Curat. l. 1. §. initium 3. D. de postulando, l. unic. §. 2. D. de offic. Consul. cum multis similibus.* Denique Dominum sibi imputare debere quod liti suæ talem præfecerit, ex cujus judiciii mbecillitate aliquod ipsi damnum obvenire posset, *arg. §. ult. in fine Inst. de societate.*

Verùm jure Canonico cautum est, quod minor 25. annis

procurator esse non possit, *c. generaliter §. ult. de procuratoribus lib. sext.* Ubi Bonifacius VIII. *Licet autem quis post 17 annum procurator ad negocia licitè deputetur : ad judicia tamen nisi major 25 annorum fuerit, deputari nequibit.* Ratio specialis & quæ in aliis cessat, hæc est: ne Ecclesia (cujus negocium magis quam singulorum Clericorum agitur) ex ullâ caussâ ullo afficiatur damno.

JA-

JACOBI MÆSTERTII J.C.
DE
JUSTITIA ROMANARUM LEGUM
LIBER II.
Repetitæ prælectionis
DUBITATIO I.

An Iure Civili in nuptiis liberorum Consensus parentum, quorum in potestate sunt, requiratur? & quid de jure Canonico dicendum?

AD nuptias liberorum consensus parentum quorum in potestate sunt, necessariò requiritur, ut sine eo contractæ ipsô jure nullæ sint, *prin. Instit. de nuptiis l. nuptiæ 2. l. nuptiæ 18. l. filiusfam. 35. D. de ritu nuptiarum. l. dotis promissio 68. D. de jure dotium. l. 2. l. nec filium 12. Cod. de nuptiis. l. unic. §. 1. Cod. de raptu virginum.* Ita dictante naturali atque etiam civili ratione, *d. prin. Instit. de nuptiis.* Naturali primò, quod naturâ ad ἀντίδοσιν & gratitudinem simus ob-

 stricti,

ſtricti, *l. ſed & ſi 25. §. conſuluit 11. D. de petit. heredit.* & cum à parentibus beneficiis maximis affecti ſimus, æquum eſt iis gratum animum ferre, quem nunquam melius officioſiuſque declarare poſſumus, quam eorum conſenſum in contrahendis nuptiis requirendo. Secundò naturæ dictamen eſt, ut quod tibi fieri nolis, alteri ne facias, *arg. l. 1. D. quod quiſque juris in alterum ſtatuerit &c. Matth. cap. 7. verſ.* 12. At quilibet ægrè ferret liberos arbitratu ſuo nuptias contrahere. Tertiò naturæ conveniens eſt ut in rebus præſertim arduis (quales ſunt nuptiæ) eos conſulamus, qui optimum ſemper pro nobis cepêre & adhuc capiunt conſilium: at illi ſunt parentes, *l. nec in ea 22. D. ad leg. Iul. de adult. §. ult. Inſtit. de noxal. action.* Adeò ut etiam emancipatus filius ex hoc parentum ſuorum conſenſu, ſaltem generaliter in ipſâ emancipatione petito, nuptias contrahere videatur, *Gothof. ad l. filius 25. D. de ritu nuptiar.* Quartò quia ex communi rationis uſu apud omnes omnino gentes receptum eſſe videmus, ut liberi in contrahendis nuptiis conſenſum parentum ſuorum habeant; quod proinde juris naturalis rectè dicitur, *arg. §. 1. & 2. Inſtit. de jure nat. gent. & Civil.* Civilis autem ratio partim in patriâ poteſtate, partim in jure ſui heredis fundata eſt: vi enim patriæ poteſtatis liberi per ſe nihil fermè poſſunt. *tot. tit. Inſtit. de patria poteſtate & ibi DD.* Ex jure autem ſui heredis habemus, quod hic nemini invito agnaſci debeat, *§. ſed ſi quis 7. Inſtit. de adoption. l. in bello* 12. *§. medio tempore 3. & ibi Bartol. D. de captivis & poſtlim. reverſ.* agnaſceretur autem, ſi filio liceret invito patre nuptias contrahere. Hinc eſt quod ſi nepos uxorem ducere velit, ei conſenſus avi, in cujus poteſtate eſt, ac inſuper patris neceſſarius ſit: nepti verò nubenti ſolius avi conſenſus ſufficiat, *l. oratione 16. §. 1. D. de ritu nuptiar. arg. l. cum nepos 6. & l. ſi quis nepotem 10. D. de adoptionibus.* præterea quod olim filiæ

furioſi

furiosi non autem filio furiosi suo arbitratu nuptias contrahere liceret, *prin. Instit. in fine de nuptiis l. si furiosi 25. Cod. eod.* Quod etiam ad adoptionem extensum est: Avus enim in locum nepotis quasi ex filio, quem in potestate suâ habet, adoptare nequit, nisi filius quoque consentiat: ne videlicet ei invito suus heres agnascatur, *l. cum nepos 6. D. de adoptionibus. §. sed si quis 7. Instit. eod.*

Objicies *l. 1. §. ult. D. de liberis exhibend.* Resp. textum loqui de matrimonio legitimè & accedente patris consensu inito, quod benè concordans non debet à patre turbari, *Paulus lib. 5. sent. Tit. de interd. 6. vers. bene concordans &c.* quapropter marito adversus patrem jure patriæ potestatis (in quâ adhuc est filia, licet ex consensu patris nupserit, *§. ult. Instit. de patria potestat.*) ad exhibendum agentem exceptio competit, *d. l. 1. §. ult. D. de liberis exhib.* Imo & actio de uxore exhibendâ ac ducendâ, si pater eam detineat, *l. 2. D. de liberis exhib. l. si invita 11. Cod. de nuptiis, & l. ult. Cod. de liberis exhib.* Ita tamen contra patrem, atque etiam socerum, qui parentis locum obtinet, *l. quia 16. D. soluto matrimonio.* actio decernitur, ut ipsi potius persuadeatur, ne acerbè patriam potestatem exerceat, quam ut districtè adversus eum jus reddatur: ne alioquin authoritas, quam apud liberos parentes habere debent, imminui videatur. Quod autem in *d. l. 1. §. ult. D. de liberis exhibend.* matrimonium accedente consensu patris contractum fuerit, patet ex eo, quod alioquin matrimonium dictum non fuisset, *arg. §. si adversus ea 12. Instit. de nuptiis*, atqui matrimonium dicitur, primum in verbis: *Si quis filiam suam quæ mihi nupta sit.* deinde: *si forte pater concordans matrimonium & forte liberis subnixum &c.* Porrò: *ne bene concordantia matrimonia &c.* Ex quo præterea constat erroneam eorum doctrinam esse, qui ex *d. l. 1. §. ult. D. de liberis exhibendis*, nuptias iniussu parentum con-

tractas legem non rescindere vel nullas declarare arbitrantur

Objicies quod matrimonia debeant esse libera, *l. Titia 134. D. de verb. obligat. l. nec filium* 12: *l. neque ab initio 14. Cod. de nuptiis*, Resp. hoc ita intelligi oportere, quod pœnis non sint constringenda, *d. l. Titia 134*, atq; omnis metus, qui in constantem virum cadit, abesse debeat, *cap. veniens 15. & cap. consultationi 28. ext. de sponsalibus & matrimonio.* non quod parentum consensus in iis non requiratur.

Opponcs quod definitio nuptiarum, quæ est in §. *1. Instit. de patria potestate, & l.* 1. *D. de ritu nuptiarum* consensus patris non meminit. Resp. licet non expresse, saltem tacitè ejus quoque mentionem facere: non enim quævis viri & mulieris conjunctio intelligitur, sed legitima tantum. Denique nuptiæ ibi in genere definiuntur non precisè quas filiifamilias contrahunt. Ut mittam necesse non esse caussam efficientem ingredi definitionem: consensum autem parentum in nuptiis liberorum caussam tantum efficientem esse.

Opponcs quod sine patris consensu vitam cælibem profiteri liceat, & in cœnobium secedere, *l. Deo nobis* 56. §. 1. *Cod. de Episcopis & Clericis.* Ergo & uxorem ducere, *arg. c. sicut. 7 quæst.* 1. *& cap. pen. ext. de translatione Episcoporum.* Resp. diversam esse rationem, nam per cælibem vel monasticam vitam non quæritur patri inuito filius; at per nuptias quæritur; comparatio autem inter monasterii ingressum & matrimonium procedit tantum secundum quid, non absolutè & simpliciter, *Everhard. à Middelb. in locis legal. loc. à matrim. carnal. ad spirit. n. 9. &* 10. Ut mittam quod major sit favor vitæ monasticæ quam conjugalis: nam propter illam licet conthoralibus ab hâc discedere, non autem ab illâ propter hanc. *Novella* 117. *cap.* 10. *unde petita est auth. quod hodie. Cod. de Repudiis.*

Si dicas filiumfamilias ea quæ publici juris sunt inconsulto

patre

patre rite peragere, *l. filiusfam. 9. D. de his qui ſui vel alieni juris ſunt.* nuptias autem publici juris eſſe, *l. 1. D. ſoluto matrim. l. 1. D. de ritu nuptiarum.* Reſp. legem *filiusfam. 9. D. de his qui ſui vel alieni &c.* de muneribus ſeu officiis publicis loqui, *arg. prin. Inſtit. qui teſtamento tutores dari poſſ. l. ille à quo 13. §. ult. & l. ſeq. in prin. D. ad SC. Trebellian. Aul. Gellius lib. 2. cap. 3.* non autem de nuptiis.

Objicies *l. velle non creditur 4. D. de reg. juris.* Reſp. de imperio loqui, non conſenſu. Imperium voluntatem & conſenliberum arbitrium excludit, *l. 41. Cod. de tranſact.* non autem ſus. Denique de eo tractare, quod in cauſſa patris filius ex juſſu & auctoritate patris agit; quod non tam filium quam patrem velle cenſeri debet.

Si dicas in ſpiritualibus parentum conſenſum non attendi, *cap. ult. de Iudiciis lib. ſext.* Matrimonium autem rem ſpiritualem eſſe, *cap. debitum 5. ext. de bigamis non ordinandis. cap. fin. ext. de ſecundis nuptiis.* Reſp. priorem propoſitionem veram eſſe, ſi forte parentes impia vel juri divino contraria præceperint; non autem ſi jure ſuo modeſtè uſi fuerint. Poſteriorem verò ſecundum quid duntaxat, non abſolutè & ſimpliciter procedere.

De jure Canonico ex magis communi Canoniſtarum ſententia parentum conſenſus etiam neceſſarius eſt; adeò ut multi Canones matrimonia ſine patris conſenſu inita damnent, *can. aliter. & can. noſtrates 30. quæſt. 5. can. ſi verum 31. quæſt. 2. can. honorantur 32. quæſt. 2.* damnent inquam, non ut ipſo jure nulla: rata enim manere nec diſſolvi debent, *cap. veniens 13. cap. cum apud 23. ext. de ſponſalibus. cap. cum cauſſa 6. ext. de raptoribus can. ſufficiat 27. quæſt. 2. Concil. Trident. ſeſſione 24. c. 1. de reformatione matrimonii.* ſed ut irreverenter & à liberis in eo graviter peccant.. us inita. *Bellarmin. lib. 1. de matrimonio*

cap.

cap. 19. propos. 3. & in fine. Præter alios multos quos refert Sanchez de matrimonio lib. 4. disput. 23. n. 9. Exemplo ejus qui falso divitiarum obtentu puellam in matrimonium allicit, ejusque parentes, ut consensum adhibeant, circumvenit. Is quidem graviter peccat; matrimonium tamen non declaratur nullum: licet enim ei dolus caussam dederit, non tamen essentialia ejus, sed tantùm errorem fortunæ respicit.

DUBITATIO II.

An Consensus matris ad nuptias liberorum requiratur? & an jus civile eâ in re satis æquum sit?

IUre civili in liberorum nuptiis consensus eorum duntaxat parentum, in quorum potestate sunt liberi, requiritur, *prin. Instit. de nuptiis. l. nuptiæ 18. l. filiusfam. 35. D. de ritu nuptiarum.* non itaq; matris, *arg. §. fæminæ 10. Inst. de Adoption. §. cæteri 3. Instit. de heredum qualitate & different.* Nec obstant *l. 1 & l. in conjunctione 20. Cod. de nuptiis.* Quia de illius puellæ nuptiis loquuntur, quæ nimio verecundiæ cultu ducta sensa animi non exprimit, sed totum negocium proximioribus necessariisque suis relinquit: ut mittam prædictas leges non tam de consensu sine quo nuptię non consistunt, quam consilio atque arbitrio, ut melius sese habeant, adhibendo, intelligi.

Ast, quibus hoc jus non satis æquum piumque videtur, objiciunt decalogi præceptum illud: *Honora patrem tuum & matrem tuam &c.* cui convenit *l. parentes 6. D. de in jus vocando.* in verbis: *una est enim omnibus parentibus servanda reverentia.* Sed resp. ex honore & reverentiâ parentibus debitâ hanc rem præcise non pendere: liberos eundem quidem honorem matri ac patri debere; non tamen eandem matris ac patris in liberos potestatem esse; nequidem jure naturali & divino morali inspe-

inspecto: sexum muliebrem propter judicii sui imbecillitatem hujus potestatis omnino incapacem esse: ac proinde, licet naturales rationes præcedenti quæstione allatæ in matre etiam militare videantur; revera tamen nihil evincere; cum huic juri sustinendo impar & inidonea sit: Quippe varium & mutabile semper fœmina. Præterea mulieres sæpius adversus propria commoda laborare, *l. si pater 4. in fine Cod. de sponsal.* & in perniciem substantię suæ deduci, *§. 1. Inst. quibus alienare licet vel non.* Ex reverentiâ duntaxat consilium & arbitrium provenire; non autem facultatem nuptias liberorum ex defectu consensus, quasi ipso jure nullas, dirimendi: Præceptum illud: *Honora patrem tuum & matrem tuam &c.* ad hanc peculiarem potestatem nullo modo extendi debere; alioquin eandem competituram cunctis qui annis vel auctoritate nos præcedunt, cum ex communi Theologorum sententiâ illi omnes præcepto contineantur. Quod de Ismaele dicitur *ex Genes. 21.* & Samsone *Iudic. 14.* nihil movet; cum ultrò fatear æquum & pium esse, matris quoque consilium & arbitrium in nuptiis attendi; dico tamen ex eo inferri non posse ex defectu consensus materni nuptias nullius momenti & liberos ex iis progenitos illegitimos esse, aut unquam fuisse.

Si dicas consensum matris nuptiis liberorum adhiberi honestum esse, ergo & necessarium, *arg. l. semper in coujunctionibus 197. D. de reg. juris.* Resp. aliam honestatem suaderi: aliam præcipi, *arg. 1. ad Corinth. cap. 7. in prin. & vers. 25.* de priori autem intelligi debere quod dicitur in *d. l. semper in conjunctionibus 197.*

DUBITATIO III.

An Nuptiæ Comprivignorum licitæ sint?

MAriti filius ex aliâ uxore, & uxoris filia ex alio marito matrimonium rectè contrahunt, *§. mariti 8. Institut. de nuptiis l. generali 34. §. inter privignos 2. D. de ritu nuptiarum.* Quod & jure Canonico cautum, *cap. quod super his 5. ext. de consanguinitate & affinitate.* & communi omnium cum Theologorum tum Jurisconsultorum sententiâ comprobatum est, *Sanchez de matrimonio lib. 7. Disputat. 67. Panormit. ad d. cap. quod super. num. 1. DD. ad §. mariti 8. Institut. de nuptiis, aliique infiniti:* Licet enim consanguinei uxoris sint affines marito, & consanguinei mariti affines uxori; non tamen propterea consanguinei uxoris affines sunt consanguineis mariti. & hoc est quod voluit Jurisconsultus in *l. non facilè 4. §. sed quoniam 3. cum §. seq. D. de Gradibus.*

Nihil hisce obstat *Levit. 18. vers. 11.* Quia illic non comprivignorum, sed fratris & sororis consanguineæ, id est, ab eodem patre ex aliâ uxore progenitæ, nuptiæ interdicuntur; de qua conjunctione nihil in *d. cap. 18. Levit. vers. 9.* dictum erat; sed tantùm de nuptiis fratris ac sororis, quæ cognationis domesticæ dicitur: nec non fratris ac sororis uterinæ, quæ cognationis exteræ appellatur. Interjectus est versiculus decimus: quia licet de ascendentibus loquatur; agit tamen de iis, qui sanguine juncti sunt & secundo gradu se contingunt; de quibus etiam agitur *in vers. 9. & 11.*

DU-

DUBITATIO IV.

An non tam æquum quam novum jus in. §.duorum 4. Instit. de nuptiis, *contineatur?*

ANtonius Contius *lib. 2. ſubſ. lect. cap. 1.* Juſtinianum in §. *duorum 4. Inſtit. de nuptiis.* non tam æquum quam novum jus ordinaſſe putat: cum duorum fratrum vel ſororum liberos vel etiam fratris & ſororis matrimonio conjungi poſſe ſcribit. At quam falſò, ex Paulo in *l. ſi nepotem 3. D. de ritu nuptiarum* patet, cum ait: *Si nepotem ex filio & neptem ex altero filio in poteſtate habeam: nuptias inter eos me ſolo auctore, contrahi poſſe Pomponius ſcribit. & verum eſt.* nec non Tryphonio *in l. non ſolum 67. §. 1. D. de ritu nuptiarum.* uti etiam Marcello in *l. uter 23. D. de Condit. Inſtit.* & Papiniano *in l. qui ex fratribus 24. D. eod.* quibus illa conditio: *ſi conſobrinam uxorem duxerit*, honeſta, non autem turpis eſt. Quemadmodum & Antonino Imp. *in l. 2. Cod. de Inſtit. & ſubſtitut.* Probat eaſdem nuptias Scævola *in l. Lucius 78. §. filiam 8. D. ad SC. Trebellian.* Et diſertis verbis Arcadius & Honorius Impp. *in l. celebrandis 19. Cod. de nuptiis.* Hinc legimus M. Brutum conſobrinam ſuam Porciam uxorem duxiſſe: ac Cluentiam M. Aurio Melino, conſobrino ſuo ritè nupſiſſe, *Cicero in Orat. pro Cluentio*: Item M. Antoninum Philoſophum, qui integritate & vitæ ſanctimoniâ omnibus Principibus præcelluit, Anniam Fauſtinam conſobrinam ſuam uxorem habuiſſe, *Auct. Iulio Capitolino.* Fateor aliquando hoc matrimonium Theodoſii majoris Conſtitutione prohibitum fuiſſe: uti teſtes ſunt Aurelius Victor & Paulus Monachus *in Theodoſio.* B. Ambroſius *lib. 8. Epiſtol. 66.* Auguſtinus *lib. 15. de civitat. Dei. cap. 16.* eamque patris ſui Conſtitutionem confirmaſſe ejus filios *l.*

manente. Cod. de Theodoſ. de inceſtis nuptiis lib. 3. Sed & verum eſt, eoſdem paulò poſt reſtituto jure priſco conſtitutionem illam abrogaſſe *d. l. celebrandis 19. Cod. de nuptiis.*

Nihil obſtat Theophili auctoritas in *d. §. duorum 4. Inſtit. de nuptiis.* Quia nullius illa momenti eſt, *arg. l. 2: §. hæc igitur 19. Cod. de veteri jure enucleando.* ac veriſimile eſt negationem paraphraſi illi ex jure Gothorum adſcriptam eſſe, qui moribus ſuis Theodoſii conſtitutionem comprobarunt, *A. Caßiodorus lib. 7. variar. formul. Epiſt. 46.* Quod & idem de Fragmentis Caii *lib. 1. Inſtit. tit. 4.* dicendum eſt.

Ad locum Taciti *lib. 12. Annal. non procul à princip.* haud difficilis reſponſio eſt: in eo enim de conjugiis patrui & filiæ fratris agitur: verba autem, *Et ſobrinarum diu ignorata, tempore addito percrebuiſſe,* non de prohibitione quadam, ſed de raro eorum uſu intelligenda ſunt.

Cæterum jure Canonico has nuptias, uti & omnes, quæ non extra quartum conſanguinitatis gradum ſecundùm computationem Canonicam contrahuntur, prohiberi certum eſt, *cap. non debet 8. ext. de conſanguinitat. & adfinit. c. ad ſedem 35. quæſt. 5. Sanchez de matrim. lib. 7. Diſputat. 53.*

DUBITATIO V.

An raptor eam quam rapuit uxorem habere poßit?

NOn poteſt raptor eam quam rapuit uxorem habere, *l. unic. §. 1. in fine Cod. de raptu virginum*, in verbis: *Nec ſit facultas raptæ virgini vel viduæ, vel cuilibet mulieri, raptorem ſuum ſibi maritum expoſcere, ſed cui parentes voluerint (excepto raptore) eam legitimo copulent matrimonio: quoniam nullo modo, nulloque tempore datur à noſtra Serenitate licentia eis conſentire, qui hoſtili more in noſtra republica matrimonia ſibi ſtudent conjungere.*

jungere. Oportet etenim ut quicunque uxorem ducere voluerit, ſive ingenuam ſive libertinam: ſecundum noſtras leges & antiquam conſuetudinem, parentes, vel alios quos decet, petat, ut cum eorum voluntate fiat legitimum conjugium. Tantundem habetur *in Novell. 143. & Novell. 150.* Accedit Canon, *placuit ut hi 36. quæſt. 2.* qui ita ſonat: *Placuit ut hi, qui rapiunt fœminas vel furantur aut ſeducunt, eas nullatenus habeant uxores: quamvis eis poſtmodum conveniat, aut eas dotaverint, vel nuptialiter cum conſenſu parentum ſuorum acceperint.* Contrarium placuit Innocentio III. in *cap. ult. ext. de raptoribus*, cum ait: *Rapta puella legitimè contrahet cum raptore, ſi prior diſſenſio tranſeat poſtmodum in conſenſum: & quod ante diſplicuit, tandem incipiat complacere.* Quod tamen concilium Tridentinum *ſeſſ. 24 de matrim. c.* 6. reſtrinxit: nimirum ut matrimonium inter raptorem & raptam conſiſtere nequeat, quamdiu rapta in poteſtate raptoris manſerit: ſecus ſi extra illius ſit jam poteſtatem, ac in loco tuto & libero conſtituta. *Sanchez de matrim. lib. 7. Diſput. 13.* quo pœna juris Civilis & Canonici veteris, ſaltem ex parte, repetita & comprobata eſt.

Equidem crimen raptus rempublicam non leviter turbare ac proximum offendere; adeoque gravioribus pœnis vindicandum eſſe ipſa ratio docet; at inter pœnas nulla aptior & ad tollendum hoc malum accommodatior, quam omnem ſpem conciliandarum nuptiarum inter raptorem & raptam abſcindere: atque ita illo ipſo raptor careat, quod malo more affectavit, *arg. l. ſi quis in tantum 7. Cod. unde vi. & prin. Inſtit. de vi bonor. raptor.*

Si dicas eam pœnam matrimoniorum libertati nimium officere. Reſp. libertatem non eſſe, quæ cum violatione juſtarum legum conjuncta eſt, ſed licentiam; Alioquin non rectè videri nuptiarum prohibitionem à ſacris canonibus uſque ad quar-

tum gradum inclusivè secundum computationem Canonicam, tam ex affinitatis quam consanguinitatis necessitudine, extensam esse.

Si putes in raptu partem parti primariò injuriam inferre, quæ si remissa est, hostilem actum, principalem pœnæ caussam, sublatum intelligi; errabis. nam crimine raptus primariò Respublica turbatur; idque propter vim & impetum factum, *l. 3. vers. non solum D. de incendio, ruina, naufragio &c.* in verbis: *aliud autem esse rapi, aliud amoveri palam est. Si quidem amoveri aliquid etiam sine vi potest. Rapi autem sine vi non potest.* quæ vis atque impetus eam ab caussam Judicio publico vindicantur, *tot. tit. & præcipue l. qui cœtu 5. §. ult. D. ad leg. Iul. de vi publica & tot. tit. D. ad leg. Iul. de vi privata. §. item lex Iulia de vi 8. Instit. de publicis Iudiciis.* ut non dicam per raptum vim iis inferri, quarum imbecillitatem & Castimoniam protegere publicè interest. Hæc obtinent, etiamsi eodem modo quis sponsam suam rapuerit, *d. l. unic. in prin. Cod. de raptu virginum*, in verbis: *Quibus connumeramus etiam eum qui saltem sponsam suam per vim rapere ausus fuerit.*

Objicies *cap. penult. ext. de raptoribus.* Resp. de eo loqui, qui sponsam suam volentem & consentientem nullisque insidiis aut odiosis artibus circumventam, reclamantibus duntaxat parentibus, abduxit: quo casu verè & propriè dictus raptus non committitur. *Sanchez post alios quos citat de matrimonio lib. 7. Disputat. 12. num.* 15. Vel etiam de eo, qui sponsalia de præsenti cum muliere contraxit, (quæ verum sunt matrimonium, *arg. l. nuptias* 30. *D. de reg. juris*) & posteà reclamantibus parentibus rem cum eâ habuit.

DU-

DUBITATIO VI.

An Impossibilis Conditio nuptiis adjecta eas vitiet?

NE in immensum excrescat disputatio & variæ impossibilium conditionum species adferendæ sint, super quibus fortè nulla difficultas est, status quæstionis talis sit: An matrimonium sub hâc conditione initum: *si digito cælum attigeris.* vel, *si unico haustu Oceanum ebiberis.* valeat? Puto ego matrimonium per ejusmodi conditionis adjectionem vitiari; non autem impossibilem conditionem rejici & matrimonium pro puro haberi. Quia matrimonium est actus duorum, Græcis γαμικὸν συνάλλαγμα, *arg. l. 1. D. de ritu nuptiarum &c. §. 1. Instit. de patria potestate.* Atqui *in ea re, quæ ex duorum plurium-ve consensu agitur, omnium voluntas spectatur, quorum proculdubio in hujusmodi actu talis cogitatio est ut nihil agi existiment apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem. l. non solum* 31. *D. de obligat. & action.* Unde in conventionibus & contractibus omnibus receptum est, ut per adjectionem impossibilis conditionis vitientur, *l. impossibilis 7. D. de verb. obligat. §. impossibilis 10. Instit. de Inutilib. stipulat.* Omnes enim consensum desiderant, *l. 1. §. 2. &* 3. *D. de pactis*, uti & matrimonium, *l. 2. l. 21. D. de ritu nuptiarum.* Sed adjectio impossibilis conditionis omnem consensum excludit, *d. l. non solum* 31. *D. de obligat. & act. l. cum heres 4. §.* 1. *D. de statuliberis.* Quapropter cum nullo modo teneri volumus, dicere consuevimus: *dabo, si digito cælum attigeris.*

Si dicas rejectâ impossibili conditione tacitum contrahentium consensum induci; Resp. primò hoc falsum esse, idq; per *d. l. non solum* 31. *D. de obligat. & actio. l. cum heres. 4. §.* 1. *D. de statuliberis.* Secundò, ad nuptias internum & tacitum contrahen-

trahentium consensum non sufficere, sed talem requiri, de quo vel ex verbis, vel alio indubitabili signo manifestè constat, *arg. l. si patre 22. D. de ritu nuptiarum, Sanchez de Matrim. lib. 2. Disp. 25. & seqq.* Tertiò, quamvis fortè defendi queat supremam potestatem, præcipuè communi bono urgente, aliquem constringere posse ut matrimonium contrahat; non tamen efficere posse, ut eo invito matrimonium constituatur, *Sanchez de matrim. lib. 2. Disput. 27.* Atqui invito constitueretur, si, cum quis puellæ dixisset: *Si lunam digito attigeris, ego te uxorem duco*, cogeretur ex eo solo ipsius maritus esse. Accedit pro hâc sententia textus satis urgens in *cap. tua nos 26. ext. de sponsalibus*, in quo ex defectu consensus, licet copula intervenerit, matrimonium tamen declaratur nullum.

Dices impossibilem conditionem testamento aliisque ultimis voluntatibus adjectam rejici easque pro puris haberi, *l. obtinuit 3. D. de condit. & demonstrat. l. 1. D. de condit. institut. §. impossibilis 10. Instit. de hered. instit.* Idemque in nuptiis recipi posse. Resp. longè diversam esse utriusque rationem, *l. non solum 31. D. de obligat. & action.* Nuptiæ sunt actus duorum: testamentum vel alia ultima voluntas unius, & quidem morientis: de quo, ex eo quod, verbi gratia, testamentum ordinavit, manifeste constat, quod testatus, non autem intestatus decedere voluit; ac proinde præsumendum non est, quod serio ac deliberato animo aliquid testamento suo inseruit, quo subverti posset. Et hæc est ratio quare in legibus nostris impossibilis conditio ultimis voluntatibus adjecta mendo comparetur, *l. 1. D. de condit. instit.* Accedit quod nuptiæ sint actus inter vivos, quem cum partes per impossibilis conditionis adjectionem vitiari vident, resumere possunt, &, prout oportet, peragere: at testator ubi semel fato cessit, testamentum suum mutare nequit.

Sed

Sed dices favore matrimonii hoc recipiendum esse. Resp. favore libertatis hoc receptum non esse, *l. cum heres 4. §. 1. D. de statuliberis.* Ergo multo minus matrimonii : cum major illius, quam hujus sit favor, etiam in jure Canonico. Si enim cum ancilla quis, quam liberam esse putabat, matrimonium contraxerit, matrimonium nullum declaratur, *cap. 2. & 3. in fine de Conjugio servorum c. si quis ingenuus 29. quæst. 2. auth. ad hæc Cod. de latina libertat. tollend. D. Thomas 4. D. 36. q. unic. a. 1. corp. & ad 1. Sanchez de matrim. lib. 7. Disput. 19.* Deinde non entis nullas esse qualitates; atqui ex adjectione impossibilis conditionis, constare contrahentes non consentire, ac proinde matrimonium nullum contrahi : & ita ociosè de favore ejus, quod non est, disputari, *arg. d. l. non solum 31. D. de obligat. & act. l. cum heres 4. §. 1. D. de statuliberis.* Non esse favorem matrimonii quemquam invitum & nolentem eo illaqueari & irretiri; cum coacta matrimonia difficiles habeant exitus, *c. requisivit 17. ext. de sponsalibus & matrimonio.*

At obstare videdetur *cap. ult. ext. de condit. apposit.* in verbis: *aliæ conditiones appositæ in matrimonio, si turpes, aut impossibiles fuerint, debent propter favorem ejus, pro non adjectis haberi.* Sed respondeo textum procedere cum uterque contrahentium scit conditionem impossibilem esse, & nihilominus matrimonium contrahit & consummat : tunc enim quamvis dubium aliquo modo sit, an intuitu impossibilis conditionis adjectæ contrahentes dissentiant ; an verò respectu matrimonii contracti consentiant; favore tamen matrimonii consentire præsumuntur : ne fortè separentur, qui legitimè conjuncti sunt.

DUBITATIO VII.

An liberi ex damnato legibus coitu nati alendi sint?

Liberos ex damnato legibus coïtu natos jure Civili Romanorum alendos esse semper credidi: ex eo, quod nullibi præcipiantur necari; alimenta autem denegare sit necare, *l. necare 4. D. de agnos. & alend. liberis.* Quod partus educatio sit juris naturalis, *prin. Instit. de jure nat. gent. & civil. l. 1. §. jus naturale. 3. D. de justitia & jure.* quod civilis dispositio tollere nec vult nec potest, *arg. §. naturalia penult. Instit. de jure nat. gent. & civil. l. jus civile 6. D. de justitia & jure.* ac satis crudele & ab omni humanitate alienum sit in innocentes liberos hoc modo sævire, *arg. l. sancimus 22. Cod. de pœnis.* Præterea iniquum, parentes sceleratos præmio quasi ex eo affici, quod, quos ex illicito coïtu progenuêre, alere non teneantur.

Sed objiciunt Interpretes Authenticam *ex complexu Cod. de Incestis nuptiis,* quæ ita se habet: *Ex complexu nefario aut incesto seu damnato liberi nec naturales sunt nominandi, omnis paternæ substantiæ indigni beneficio, ut nec alantur à patre.* Verùm omnes scimus Novellas Justiniani Imp. privatâ Irnerii auctoritate summatim exceptas iisque legibus Codicis, ad quas maximè pertinere videbantur, subjectas esse; ac proinde nihil ulterius probare, quam ipsæ constitutiones ex quibus desumptæ: At Authentica *ex Complexu Cod. de incestis nuptiis* petita est ex Novella 89. *cap. ult.* Quæ liberis ex damnato legibus coïtu natis ea duntaxat alimenta denegat, quæ naturalibus liberis debentur, & cum aliquo respectu ad patrem præstanda sunt; non autem ea sine quibus vita sustineri non potest. Quod ut clarius evadat, animadvertendum est alimenta in duplici differentia esse: alia strictè & secundùm naturæ indigentiam sum-

ſumpta: alia civiliter cum certo quodam neceſſario vel honeſto reſpectu: illis opus eſt ut vivamus; his autem ut tanquam filii horum illorum-ve parentum, aut hâc illâ-ve dignitate vel qualitate ornati vivamus: hæc autem ſunt, non illa, quæ ex illegitimo coïtu natis denegantur. Patet: nam cum Novella 89. *cap. ult.* ait: *Qui neque ipſo naturalium nomine digni ſunt;* denique: *neque naturalis nominatur, neque alendus eſt à parentibus & quomodo etiam ipſi competenter honorati ſunt, ab eorum, qui neque naturales dici digni ſunt, communione ſegregati.* Neque ipſi Conſtantino, *in l. 1. Cod. de naturalibus liberis*, hujuſmodi illegitimè nati naturales fuerint, ac proinde eorum jure dimoverit, *d. Novell. 89. cap. ult. in verbis: unde etſi certa à Conſtantino &c.* manifeſte ſequitur liberis ex damnato legibus coïtu natis ea duntaxat alimenta denegari, quæ ipſis deberentur, ſi naturales dici poſſent; atqui illa ſunt alimenta non ſtrictè ſumpta, ſed civiliter & cum aliquo reſpectu ad patrem, licet naturalem, *arg. d. Novellæ 89. c. 12. §. 6. in verbis: paſci verò naturales à legitimis ſancimus ut decet eos ſecundum ſubſtantiæ menſuram à bono viro arbitratam.* Idem innuit ipſa Authentica *ex complexu*: cum enim dixit: *nec naturales ſunt nominandi*, ſubjicit: *ut nec alantur à patre:* ſcilicet ut alerentur, ſi naturales nominandi eſſent. quod manifeſtè probat vocula *à patre*: quia liberi naturales patrem demonſtrare poſſunt, licet naturalem, *l. 1. l. 2. l. 7. tot. tit. Cod. de natural. liberis:* at qui ex damnato legibus coïtu nati ſunt, nullum omninò, *arg. §. pen. Inſtit. de nuptiis.* quare non ſimpliciter dicit textus: *ut nec alantur*, ſed: *ut nec alantur à patre:* ſcilicet tanquam à patre & cum reſpectu ad patrem, licet naturalem.

Ex quibus conſtat neque Novellam 89. *cap. ult.* neque Authenticam *ex complexu. Cod. de naturalibus liberis* generaliter loqui. Quinimo licet generaliter loqueretur, eo tamen, quem

dixi, modo restringendam esse, ne absurdum sensum habeat, eaque negligatur interpretatio, quæ vitio caret, *l. quamvis 11. D. de in jus vocando. l. in ambiguis 19. De legibus.* Præterea benè convenire inter jus Civile & Canonicum, quo liberi ex illegitimo coïtu progeniti alendi sunt, *cap. cum haberet 5. in ultimis verbis ext. de eo qui duxit in matrimonium, quam polluit per adult.*

Ne dicas *in auth. ex complexu. Cod. de naturalibus liberis.* natos ex illegitimo coïtu à patre alendos non esse; utpote nulla bona habente: sed fisco, ad quem devoluta sunt, *auth. incestas Cod. de incestis nuptiis petita ex Novella 12. cap. 1.* Quia Novella 12. *cap. 1.* & Authentica *incestas* earum tantum nuptiarum meminêre, quæ naturæ adversantur, ut contra Accursium rectè notavit Cujacius *ad d. Novellam.* At Novella 89. *cap. ult.* earum etiam nuptiarum, quæ ex civili ratione improbatæ sunt: uti ex allegatione Constitutionis Constantini, quæ de nefariis vel incestis complexibus locuta non est, apparet. Ut omittam quod parentes post bonorum suorum confiscationem alia bona acquirere; imo ipsam bonorum publicationem variis modis effugere possint.

DUBITATIO VIII.

An mulier intra annum luctus nubere possit?

PRobavi in Tractatu, quem de secundis nuptiis scripsi, licitum & honestum minimeque odiosum; ac proindè ab omni culpâ vacuum & animadversione liberum esse, secundas nuptias contrahere: Quamvis non æque permissum sit ad eas nimium festinare, liberisque prioris matrimonii (si qui fortè sint) per inductionem vitrici vel novercæ præjudicium creare, *l. 1. l. fœminæ 3. l. hac edictali 6. Cod. de secundis nuptiis.* Nimium autem festinat mulier, quæ intra annum elugendo mari-

marito præfixum ad secunda vota transit, *d. l. 1. Cod. de secundis nuptiis l. liberorum* 11. §. *1. D. de his qui notantur infamia.* Ideoque hisce pœnis subjicitur, I. fit infamis, *d. l. 1. & l. 11. D. de his qui notantur infam. Novell. 22. cap. 22. vers. si enim.* II. non potest dotis nomine alio-ve quovis titulo plus in secundum maritum conferre quam tertiam partem bonorum suorum, *d. l.* 1. *Cod. hoc tit.* III. nihil ex ullius extranei testamento, ullo titulo capere potest, *d. l.* 1. *Cod. hoc tit.* IV. omnia quæ à defuncto marito ipsi obvenerunt, amittit, *d. l.* 1. *Cod. eod.* V. non potest ultra tertium gradum ulli consanguineo ab intestato succedere, *d. l.* 1. *in fine.* nuptiæ tamen ipso jure non sunt nullæ, *arg. d. l.* 1. *Cod. de secundis nuptiis.* Ratio inhibitæ & tot pœnis coërcitæ hujus festinationis prima hæc est: ne fiat turbatio sanguinis, *l. liberorum* 11. §. 1. *D. de his qui notantur infam.* incertaque reddatur generatio, *l. sancimus* 53. *in fine Cod. de Episcopis & Clericis*, id est, ne incertum sit, an ex priori, an ex secundo marito mulier conceperit. Neque cessat hæc incertitudo, etiamsi palam sit mulierem ex prædefuncto marito prægnantem esse: idque propter superfœtationem: nam evenire potest, ut mulier gravida ex novo concubitu denuò concipiat, *Aristot. lib. 7. de histor. animal. cap. 4. & lib. de generat. animal. 4. cap. 5. Plinius lib. 7. cap.* 11. *Solinus cap.* 4. *Vlpianus in l. cum quidam 30. §. suum heredem 6. D. de acquir. hereditat. & ibi gloss. Tiraquell. de jure primigenior. quæst.* 1. *num. 9.* ac proinde si mulier ex priori marito gravida festinanter ad secundum transeat, & ex eo concipiat, sciri non poterit cujus sit partus. Altera ratio in publicâ honestate fundata est: quod indecorum videatur mulierem statim à morte mariti ad secundas nuptias convolare; quasi quæ adhuc vivente eo pudicitiam violasset, vel de violandâ cogitasset, *Novell. 39. cap. ult. in prin. arg. l. commissum. Cod. ad legem Iuliam de Adulteriis.*

aut etiam cum secundo in necem prioris mariti conspirasset, *vid. can. si quis vivente 31. quæst. 1.* Saltem nimium contemnit, quem tam citò obliviscitur. Ut non dicam quod novo marito de levitate suspecta sit, quæ vix finito priori, de novo complexu iterum cogitat. Huic secundæ rationi non obstat, *l. liberorum 11. §. Pomponius 2. D. de his qui notantur infamia.* Quia loquitur de ea quæ partum edidit ex eo conceptum quem more majorum lugere non oportet; qualis est hostis patriæ, *arg. d. l. liberorum 11. §. 1.* hic enim propter turbationem sanguinis; non autem publicam honestatem (quæ hic nulla) elugeri tantummodo solet.

Dices quod sponsa non lugeat sponsum, *l. uxores 9. §. 1. D. de his qui notantur infamia.* Resp. in eâ rationes prædictas cessare.

Petes cur maritus non lugeat uxorem? *d. l. uxores 9.* Resp. & in eo turbationem sanguinis cessare, & alienum à virilis animi constantia esse, lugere. Nec uxorem suam tam reverenter virum observare debere, quam par est virum ab uxore suâ observari, *arg. l. alia caussa. 14. §. 1. in fine D. soluto matrim. l. si qua mulier 4. Cod. ad SC. Tertyllian. l. unic. §. cum autem 7. Cod. de rei uxor. action. Aristot. lib. 2. Oeconom. 1. Plutarch. in præcep. connubial.*

Oppones quod mortuo marito mulier ab ejus lege soluta sit, aliique nubere possit, *Paul. ad Rom. cap. 7. vers. 3. & prima ad Corinth. cap. 7. vers. 39.* Resp. jus Civile secundas nuptias non improbare, sed ad modicum duntaxat tempus differre, idq; ob rationes justissimas: mulierem mortuo marito libertatem consequi ad secundas nuptias transeundi, non licentiam, *arg. l. si quando 35. in prin. Cod. de inoffic. testam.* ne alioquin admittere cogamur non solum omni tempore eam nubere posse, sed etiam cuivis, nullâ ullius consanguinitatis, affinitatis aut publicæ honestatis ratione habitâ.

Dices

Dices libertatem matrimonii restringendam non esse, *arg. l. Titia* 134. *in prin. D. de verbor. obligat.* Resp. justas leges libertatem non tam imminuere, quam stabilire.

Oppones *cap. penult. & ult. ext. de secundis nuptiis.* Resp. glossam *in l. decreto 15. Cod. ex quibus caussis infamia &c.* Baldum & Cynum *ad l.* 1. *Cod. de secundis nuptiis* aliosque Interpretes docere hâc in re jus Civile Canonico præstare. Nonnullos jus Canonicum quoad infamiæ pœnam à civili solùm dissidere: Communem verò opinionem esse, etiam quoad reliqua omnia discrepare, *Sanchez post multos quos citat tract. de matrimonio lib. 7. Disputat. 87. num.* 21. *& seqq.* Et quamvis sciam ipsum luctus annum juris positivi esse; ideòque alio jure, sive Canonico sive consuetudinario immutari tollique posse: verum tamen manet aliquod saltem tempus constitui servarique debere; idque ob prægnantes ac justas rationes supra adductas.

DUBITATIO IX.

An in liberæ mulieris consuetudine concubinatus; an verò nuptiæ intelligendæ sint?

Modestinus *in l. in liberæ* 24. *D. de ritu nuptiarum*, ait quod, *in liberæ mulieris consuetudine non concubinatus sed nuptiæ intelligendæ sunt: si non corpore quæstum fecerit.* Cujus dicti sensum non benè assecutus videtur Bodinus cum à principiis Romanarum legum remotum esse & populis quasi perniciosum displicuisse arbitratur, *lib.* 1. *de Rep. cap.* 3. *num.* 15. Quippe nihil aliud Jurisconsultus intendit quam, si mulier libera, quæ corpore suo quæstum non fecit, viro communi vitæ consuetudine juncta sit vel juncta fuerit; ita ut ipsius concubina vel uxor esse debeat, & in dubio versemur, an inter

ipsos

ipsos matrimonium;an verò concubinatus sit,præsumptio pro matrimonio sumi debeat. Cujus illa ratio non est, quod cum concubina assumebatur,protestatio interponi debebat : nam sicuti ex solâ animi destinatione & maritali affectu uxor assumi poterat; ita multo magis concubina. sed quod præsumtio semper pro eo, quod honestius Reip. & liberis utilius est, sumi debeat.

DUBITATIO X.

An jus Civile concubinatum permittat? & eâ in re satis decorum sit? Quid jure Canonico eâ de re cautum?

CONcubinatus jure Civili non solum permissus, sed etiam comprobatus fuit, *tot. tit. D. & Cod. de concubinis. Paulus 2. sentent. 20.* unde nomen per leges assumpsit, *l. in concubinatu 3. §. ult. D. de Concubinis.* Vocaturque matrimonium, licet inæquale, *l. si quis 3. in medio Cod. de naturalibus liberis*, & licita consuetudo, *l. si qua illustris 5. in fine, Cod. ad SC. Orficianum.* ipsa concubina ἡμίγαμος Zonaræ, & in veteribus inscriptionibus viceconjux, atque uxorem imitari dicitur, *Julianus Novell. 18. Cujacius in parat. Cod. de concubinis.* Liberi etiam ex concubinâ progeniti patrem, licet naturalem tantùm, demonstrare possunt, *arg. l. 1. l. 2. l. 7. tot. tit. Cod. de naturalibus liberis*, eique succedunt tam ex testamento quam ab intestato, licet non æquali jure quo illi qui ex justis nuptiis progeniti sunt, *l. matre 2. l. humanitatis 8. Cod. de naturalibus liberis, Novell. 18. cap. ult. Novell. 89. cap. 12.* Ex quo tamen inferri nequit permissum magis quam probatum concubinatum esse : quia legitima quidem & probata consuetudo concubinatus est, sed magis legitima & probata, matrimonium, *arg. l. item 49. §. parvi. 4. D. de legatis 3.* datur bonum & datur

tur bono melius. Eamque ob caussam arbitror naturales liberos nunquam solidi capaces, nec uno eodemque jure, quo, qui ex justis nuptiis quæsiti sunt, per omnia usos fuisse, *dissent. Cujac. in parat. Cod. de Concubinis.*

DUBITATIO XI.

An jus Civile lupanaria & meretricias conjunctiones permittat?

CUm meretrices illæ sint, quæ pulchritudinem suam publicè venalem habent & ita multorum libidini parent, *c. meretrices 2. quæst. 4. c. vidua 14. Distinct. l. palam 34. D. de ritu nuptiarum*; Lupanaria autem earum usitatiora domicilia, *arg. d. l palam 34.* Quæri solet an jure civili lupanaria & meretriciæ conjunctiones permittantur? Quod ego negandum arbitror. Nam jure Civili meretricia consuetudo turpior furto & vi censetur ac infamiam irrogat: *qui suppreßit* inquit Ulpianus *Scortum libidinis caussâ, vel fores meretricis eadem ratione effregit, lege faviâ, vel de vi non tenetur: hic enim turpius facit, quam qui surripit: sed quia secum facti ignominiam compensat, certe fur non est, l. verum est* 40. *D. de furtis.* Neque ei ignoscendum censuit, quæ obtentu paupertatis turpissimam vitam elegit, *l. palam* 34. §. *non est* 5. *D. de ritu nuptiarum.* Et quamvis gravius delinquat qui virgines pudicas-ve matronas adpellat vel sollicitat; attamen, qui meretricem, delinquit, *l. item apud labeonem 15. §. si quis virgines* 15. *D. de injuriis, rejecta ibi glossa in verbo minus.* Hinc Julianus respondit malâ fide eum quoque emisse videri, & idcircò non usucapere, qui à domino emit luxurioso & protinus scorto pecuniam daturo, *l. si quis cum sciret 8. D. pro emptore.* Improbatur etiam obligatio ejus, qui ex mandato adolescentis, sciens pro meretrice

 fide-

fidejusserit. Quinimo si adolescens directò mandasset pecuniam meretrici credere, non obligabitur mandati: quia contra bonam fidem mandatum sit, *l. si verò non remunerandi 12. §. si adolescens 11. D. mandati.* Dicanturque inhonestæ & turpes donationes, quæ circa meretrices fiunt, *l. affectionis 5. D. de donationibus.* Unde & corrumpere servum nostrum dicitur, ac actioni servi corrupti tenetur, qui ei persuasit ut amator esset: ut luxuriose viveret, *l. 1. §. ult. & l. 2. D. de servo corrupto.* quod multo magis in liberis ad eum modum corruptis dicendum est: cum parentum intersit animos liberorum non corrumpi, *l. ut tantum* 14. §. 1. *D. eod.* Accedit quod tanta sit jure nostro meretricum infamia, ut propter eam proximi fratres etiam rescindant & de inofficioso arguere possint testamentum fratris, si in eo infamem, & turpem personam instituerit, *l. fratres 27. Cod. de inoffic. testam. §. non autem* 1. *Instit. eod.* Quinimo filia meretrix, cui minori annis 25. pater honestam nubendi conditionem obtulit, exhæredari potest, *Novell.* 115. *cap.* 3. §. 11. Quid multis? Extat Constantini lex quæ meretrices, quarum venenis inficiuntur animi perditorum, tormentis subjici jubet, ablatis omnibus quæ illis donata sunt, aut liberis ex hujusmodi natis; facta revocationis potestate legitimæ soboli donantis scortantis, aut fratri, sorori, vel aliis ejus proximis, *l.* 1. *in fine Cod. de naturalibus liberis.* Ipsi enim scortanti vix est ut repetendi potestas competat, *l. affectionis 5. D. de donationibus, l. idem si ob stuprũ 4. §. sed quod meretrici 3. D. de condictione ob turpem caussam, l. mercalem 5. Cod. eod.* cum audiendus non sit, qui propriam turpitudinem allegat, *l. transactione finita 30. Cod. de transactionibus.* Ut nihil dicam de capitali supplicio quibus lenones afficiuntur ex Justiniani, Novella 14 *de lenonibus*, qui dissolutis lenonum & meretricum Byzantii sodalitiis monasterium ædificavit & reditibus abundè dotavit, in quo ejus-

ejusmodi mulieres ad meliorem frugem reversæ meliori operi vacare possent, teste Procopio, *lib. 1. de ædif. Iustin.* Quod ergo infamiæ aliisque pœnis subjectum est crimen, qui permissum dici potest? cum quod permittente lege fit pœnam non mereatur, *l. Gracchus 4. Cod. ad leg. Iul. de Adulteriis.* Nec video quâ ratione tam flagitiosa turpitudo & fœditas permitti potuit; cum nemo Dominus sit membrorum suorum, *l. liber homo 13. D. ad leg. Aquil.* meretrix autem proprium corpus quasi vendat minutatim, ut propolæ merces, quæstum faciens ex membris, quasi contra naturam: nec liberum corpus æstimationem recipiat, *l. 1. §. sed cum homo. D. de his qui dejecerunt. l. 3. D. si quadrupes.* Meretrix autem quasi æstimatum corpus circumferat, & ad participandum de precio sese venundari patiatur; ac proinde indigna omni legis beneficio, *arg. l. 3. D. quibus ad libertatem proclamare non licet.*

Hisce nihil obstat *l. ancillarum 27. §. 1. D. de petitione heredit.* cum ait: *sed & pensiones quæ ex locatione prædiorum urbanorum perceptæ sunt, venient, licet à lupanario perceptæ sint. Nam & in multorum honestorum virorum prædiis lupanaria exercentur.* Sensus enim est, nonnunquam evenire, ut lupanaria, si non jure, saltem de facto exerceantur; & quidem in prædiis honestorum virorum, sed illum ædium suarum quasi abusum ignorantium: vix enim est ut scientes honesti viri nominari queant: cum si lenones meretricesque domo sua illico non propulerint, decem librarum auri pœnam, præter ædium suarum publicationem, sustinere cogantur, *d. Novell. 14. in prin. vers. si quis autem patiatur in sua domo &c.* Ex quo non magis meretricia consuetudo probatur, quam latrocinia: si quis fortè ædes, quas vir bonus & innocens ruri habet, conduxerit; ut ex iis opportunè viatoribus insidiaretur.

Minus obstat *l. si uxor. 13. §. 2. D. ad leg. Iul. de adult.* dicit

enim adulterium in eâ quoque muliere vindicari, quæ, antequam nuberet, vulgaris fuerit. Non enim quæritur an mulieres vulgares & corpore suo quæstum facientes reperiantur, ac olim etiam repertæ fuerint; sed an hoc impunè ipsis licuerit, ac nullam prorsus, ob turpissimam quam agunt vitam, pœnam jure Romano sustinuerint? quod nego.

Idem respondeo ad *l. si ea 22. Cod. ad leg. Iul. de Adulteriis.* licet enim in meretrice illâ, utpote necdum conjugali vinculo copulata, cesset lex Julia de Adulteriis, non tamen propterea cessat pœna in meretrices statuta. Eodem modo *ad l. quæ Adulterium 29. Cod. eod.* respondeo.

DUBITATIO XII.

An licitum sit ex ulla caussa divortium, quo conjugale vinculum dissolvatur?

EXtra omnem dubitationis aleam positum est, jure Civili plurimas dari caussas, ex quibus matrimonium, etiam quoad vinculum conjugale, dissolvi potest, *l. consensu 8. l. Iubemus 11. Cod. de repudiis Novell. 22. cap. 15. cum similibus.* Quas neque jus divinum *Matth. 5. vers. 32. Matth. 19. vers. 7.* Neque canonicum *cap. ex parte ext. de sponsalibus & matrim. Concil. trident. seß. 24. de matrim. can. 10.* Neque mores nostri agnoscunt. Verum ad hæc inquit Andreas Alciatus *lib. 6. parergon. cap.* 20. hoc modo: *Ego respondeo eum qui Ecclesiæ interpretationem sequitur, haud quaquam improbari merito posse. cum ergo Euangelica duo illa dicta aliter olim, id est, tempore Iustiniani intelligerentur, quam postea factum sit, nihil est quod ei objici rectè poßit: etenim veteres Separari ab homine, interpretabantur, qui humanis affectibus ductus divertebat: secus si ex legitima caussa, quam apud Episcopos provinciales dixerit: & ita in*

Conci-

Concilio Agathensi cap. 25. declaratur. Et idem sensit etiam divus Ambrosius in primam Pauli ad Corinth. cap. 7. quo loco nuperrimè idem disputavit Erasmus Roterod. Secundum quam interpretationem vixerunt omnes usq; ad Iustinianum, & aliquantò etiam postea : donec placuit Ecclesiæ aliter interpretari & Augustini sententiam sequi, quam ille duobus in Pollentium libris tutatur. Neque longè abit Isidori sententia, quæ *in c. Quos Deus* 33. *quæst.* 2. hoc modo proponitur: *Quos Deus conjunxit homo ne separet : Quæris quomodo? subaudi violenter, sine lege, absque ratione, quos Deus conjunxit, homo non separet. Non enim homo separat, quos pœna condemnat, quos reatus accusat, quos maleficium coarctat.* Nisi eam de his intelligere velis quos magistratus pro suis sceleribus, legum severitate percellunt, quos vel morte puniunt, vel deportari jubent; uti notatur *ad d.c. quos Deus* 33. *quæst.* 2. Sed vix est ut hæc restrictio prioribus Isidori verbis, & quidem his: *subaudi violenter, sine lege, absque ratione &c.* adaptari possit. Præterea verisimile non est Justinianum Principem religiosissimum & sacrarum literarum observantissimum, *arg. l. 1. Cod. de summa trinitat. & fide cathol. l. sacris canonibus 45. Cod. de Episcop. & Cler. Novell.* 131. *cap. 1.* atq; eam ob caussam à Pontifice Romano multis modis commendatum, *l. inter claras 8. Cod. de summa trinitate & fid. Cath.* à manifesto jure divino & SS. Ecclesiæ expressâ sententiâ recedere voluisse. Et si fortè fecisset nullos ex toto ordine Ecclesiasticò circa ejus tempora, vel paulò post extitisse, qui hoc animadvertissent.

DUBITATIO XIII.

An patri adulterum filiæ suæ, vel marito uxoris occidere liceat?

LEx 12. tabb. ita cavit: *Moechum in adulterio deprehensum necato*, post Solonem & Draconem, *Plutarch. in vita Solo-*

nis, arg. l. quod ait 23. in prin. D. ad leg. Iul. de adulteriis, hanc tamen potestatem lex Julia, quæ de adulteriis lata est, aliquo modo restrinxit: Pater enim adulterum & simul filiam suam uno fervore occidere debet. Nam si alteri parcat, lege Cornelia tenetur, *l. nihil interest 32. in prin. D. ad leg. Iul. de Adulter.* Debet filiam sub potestate habere, *d. l. quod ait lex 23. §. 1. D. eod.* & deprehendere ἐν ἔργῳ domi suæ generi-ve sui tantum, *d. l. quod ait lex 23. §. 2.* Maritus verò non quemcunque; sed vilem & infamem adulterum interficere potest, *l. marito quoque 24. D. eod.* Ratio disparitatis est: Quia plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit: cæterum mariti calor & impetus facilè sævientis refrænandus fuit, *l. nec in ea lege 22. §. ult. D. ad leg. Iul. de Adult.* Nisi in suspecto loco post tertiam in scriptis admonitionem cum uxore colloquentem invenerit, *Novell.* 117. *cap.* 15. *ex qua petita est auth. si quis. Cod. ad leg. Iul. de adult.* Filiis id nunquam licuit. Nec adversatur *l. Gracchus 4. Cod. ad leg. Iul. de Adulter.* Quia sociorum loco patri Numerio interficienti operam duntaxat filii præbebant, *arg. d. l. Gracchus 4.* Multo minus idem permissum ulli alii fuit; adeo ut post legem Juliam ne quidem marito liceat uxorem etiam in turpitudine compertam occidere, *arg. l. marito 24. in prin. l. si Adulterium cum incesto 38. §. Imperator 8. D. ad leg. Iul. de adult.* quod tamen olim ipsi licuisse patet ex eo quod ex oratione M. Catonis refert A. Gellius *Noct. Attic. libro 10. cap. 23.* cujus quoque meminit Paulus *lib. 2. sentent. tit. 27.*

Enimverò de patris maritique potestate dubitatum scio, an æquitati satis consentanea sit? Ego affirmo. Quia lex adulteros ultimo supplicio afficere potest, *l. quamvis 30. §. 1. Cod. ad leg. Iul. de Adult. §. Item lex Iulia 4. Instit. de publicis judiciis*, teste lege divinâ per Moysen latâ, *Levit. cap. 20. Deuter. cap. 22. Exod. cap. 20.* Quod autem legi licet, licebit & ei cui lex mandat.

dat. Et sicuti Magistratus propriæ suæ sententiæ executionem carnifici committere potest, ita etiam patri vel marito idem munus delegare; Imo benignius alterutri horum, quam illi; utpote qui, si velint, adultero ignoscere possunt; ille autem non possit. Sic videmus cuilibet permissum esse nocturnis agrorum depopulatoribus resistere, & si apprehendere ac custodiæ tradere sine summo periculo non possit, interficere, *l.* 1. *Cod. quando liceat unicuique sine judice se vindicare.* uti etiam desertores, *l.* 2. *Cod. eod.* atque iniquos metatores, *l. devotum* 5. *Cod. de metatis & epidemeticis lib.* 12. *tit.* 41. nec non eum qui ad delendum patriam venerit, *l. minimè* 35. *D. de religiosis & sumptibus funerum*, quemadmodum quoque jure Canonico excommunicatum, *c. excommunicatorum* 23. *quæst.* 5. in verbis: *Non enim eos homicidas arbitramur, quod adversus excommunicatos Zelo Catholicæ matris ardentes, aliquos eorum trucidasse contigerit*; & receptis moribus, quos recenti vocabulo bannitos nominant, *Albericus in* 4. *part. statut. quæst.* 19. *Iason in l. ubi pactum. Cod. de transact. n.* 16. *Nellus tract. de bannitis* 1. *par.* 2. *temporis. quæst.* 1.

Si dicas patrem maritumque homines privatos esse; ac proinde hanc potestatem eis competere non posse. Resp. non propriâ & privatâ auctoritate illos potestatem hanc exercere, sed publicâ & à lege nominatim & expresse ipsis concessâ, *d. l. quod ait* 23. *l. nihil interest* 32. *cum similibus D. ad leg. Iul. de Adult.* Si putes legem Juliam patri maritoque postquam occiderint impunitatem duntaxat concedere; non autem factum permittere & approbare, errabis: nam lex 12. tabb. ait *necato.* Alexander Imp. *in l. Gracchus* 5. *Cod. ad leg. Iul. de adulter.* dicit: *ut per legem Iuliam impunè occidi potuerit: quod legitimè factum est &c.* denique lex *marito* 25. *in prin. D. eod.* ita ait: *Nam hac lege cavetur, ut liceat viro deprehensum domi suæ &c.*

&c. occidere eum. Accedit *l. nec in ea 22. §. 2. D. eod.* in verbis *Ius occidendi patri conceditur.*

DUBITATIO XIV.

An adulteræ rectè à Iustiniano pœna mortis remissa sit? & an maritus cum innuptâ adulterium committat?

NUm ex lege Juliâ adulterii pœna mors fuerit, in præsentiâ quærere nihil adtinet. Sufficit, quod apertè constet, adulterium iis temporibus, quæ Justiniani ævum præcessêre, tam in fœminis quam maribus gladio punitum fuisse, *l. quamvis 30. in fine Cod. ad leg. Iul. de Adulter. arg. l. transigere 18. Cod. de transact. §. item lex Iulia 4. Instit. de publicis Iudiciis.* Verum hanc gladii pœnam, non quidem adultero, sed adulteræ Justinianus remisit, contentus quod verberata in monasterium detruderetur: detrusam si recipere maritus velit, ut intra biennale tempus id facere, sine fraude liceat; sin minus, ut tondeatur mulier, ac in perpetuum monasterio mancipetur *Novella* 134. *cap. 10.* Longius à veteris legis severitate deflectunt mores omnium penè gentium, etiam quæ Christianum orbem incolunt; secundum quos, præter infamiam, pecuniaria pœna vel alia similis coercitio irrogari solet: Uti de Italis testatur Julius Clarus §. *Adulterium num.* 7. De Gallis Rebuffus *in proœm. ad Constit. Reg. gloss. 5. num. 108.* Joannes Faber *in §. item lex Iulia de adult. Instit. de publicis Iudiciis.* De belgis Gudelinus *de jure novissimo lib. 5. cap. 18.* Constitutio politica Hollandiæ *an. 1580. art.* 15. *& 17.* Alii de aliis *vid. Menoch. de arbitrar. Iudic. quæst. casu* 419. Quinimò non mortem sed arbitrariam pœnam jure Canonico Adulteris cujuscunque sexus irrogari communis videtur sententia, *arg. cap. plerumque & ibi Scribent. ext. de donationibus inter virum & uxorem.*

Cardi-

Cardinalis Tuſchus practic. concluſ. 225. *num.* 6. *in verb. Adulterii pœnæ. num.* 6. *poſt Cumanum conſil.* 154. *in prin.* Saltem non graviorem, quam ea quæ à Juſtiniano ordinata eſt, *cap. Gaudemus ext. de converſione conjugator. And. Vallenſis ad tit. decretal. de adulterio & ſtupro* §. 1. *num.* 2. & 3. Hinc quæritur: num rectè à Juſtiniano, multoque magis Canonico jure, adulteræ pœna mortis remiſſa ſit? An inquam rectè moribus hodiernis tam adultero quam adulteræ? Difficultas provenit ex eo quod Exod. 20. ſcriptum eſt: *Non mœchaberis*, & Levit. 20. *Si mœchatus quis fuerit cum uxore alterius, & adulterium perpetraverit cum conjuge proximi ſui, morte moriatur & mœchus & adultera.* Idem Deuter. 22. & 27. *Maledictus qui dormierit cum uxore proximi ſui.* Accedunt *Iob* 31. *Eccleſiaſt.* 23. *Proverb.* 6. *Ieremiæ* 5. 1. *ad Cor.* 6. Puto ego jure remiſſam eſſe. Nam cum delicta ex variis circumſtantiis augeri imminuique ſoleant, gravius inter Judæos crimen adulterii erat, quam apud nos eſſe poteſt: Judæi præter uxorem quam ſolenni ritu & ex more duxerant, alias ſuperinducere vel uxores vel concubinas poterant: quinimo viri ſancti plures ſimul uxores habuére: & iis qui plures habent, in lege præcepta quædam traduntur *Deut.* 21. *verſ.* 15. & Davidi imputat Deus quod plures & quidem nobiliores uxores ipſi dediſſet. Itaque ſi & habere ſimul plures, & hiſce vel uxoribus vel concubinis eſſe licebat; maxima turpitudo & abſoluta libido erat alienũ conjugalem thorũ violare. At apud nos unus unâ contentus, & viceverſà, eſſe debet. Judęi ob leviſſimas etiam cauſſas dato repudii libello ab uxoribus ſuis divertebant, aliaſque ducebant: quemadmodum & hæ variis modis repudio cauſſam præbere poterant, aliiſque nubere. atque ita, ne dicam libidinis cauſſà, ſubinde variabant. quod à noſtris moribus prorſus alienum eſt. Judæi promiſcuè concubinis utebantur, licitumque erat puellis concubinis eſſe;

 At

At concubinatus à nostrâ republicâ planè exulat: Si, Judæis conquerentibus quod uxores virgines non comperissent, parentes earum notam virginitatis in panno Senioribus demonstrare non poterant, miseræ lapidibus obruebantur, *Deuter. 21. vers. 20. & seq.* at nos quas semel duximus quantumvis ab aliis compressas, quinimò impręgnatas retinere eisq; solis adhærere cogimur. Nolo huic sceleri vel in hâc vel aliâ ullâ republicâ patrocinari. Scio adulterium liberos suspectos dubiosq; facere, & virum variis insidiis, quinimò multis periculis ipsum adulteriū exponere: nuptias castitate jucundas esse: prolis desiderium crescere: liberos à parentibus ultrò & benevolo affectu educi. At etiam verum est, peccatum quidem magnū esse: sed humanum tamen: accusare aliquantò facilius quam vitare: vix quenquam eo crimine vehementius offendi, quin sit quod in eo prius accusetur: uxores sæpius delinquere vitio maritorum; uti etiam mariti uxorum, quam suâ sponte. Ut non dicam mortis pœnam ad Judæorum præcepta judicialia pertinere, quæ ob diversitatem jam propositam jure merito in nostra republica servari neque possunt neque debent. Ad Justiniani differentiam quam inter adulterum & adulteram posuit, plurimùm confert, quod ille magis quam hæc peccare videatur; utpotè qui ob sexus præcellentiam firmioris judicii est, meliusque nexum & sacramentum, quo uxor viro copulata est, quam ipsa, intelligit, nec non communiter hujus nequitiæ auctor est; leges autem iis accommodandæ casibus sint qui frequenter accidunt, *l. 3. cum ll. seqq. D. de legibus.* Major etiam in viro contra illecebras carnis constantia est: mulierum è contrario summa imbecillitas. Poterat maritus uxorem adulterii accusare: uxor verò adversus maritum nequidem hiscere poterat: ita ut mirum videri non debeat, quod legalis pœna aliquo modo in muliere à Justiniano imminuta fuerit.

Ad alteram quæstionem quod adtinet, Respondeo maritum cum innuptâ puellâ adulterium non committere, sed stuprum, quamvis communi stupro gravius. Nam *propriè adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero conceptum composito nomine, l. inter liberas 6. §. 1. D. ad legem Iuliam de Adulteriis.* Quæ præcipua turpitudo & iniquitas in adulterio, propter quam capitale & delictum atrox, ea in coïtu mariti cum innuptâ puellâ cessat: Fœda nempe seminum confusio & adulterinorum suppositio. Accedit sacræ paginæ auctoritas qua mors non infligitur, nisi ei, qui alterius uxorem polluerit, nullâ prorsus mentione mariti factâ, qui rem cum innuptâ habuit. *Levit. cap. 19. vers. 20. & Levit. cap. 20. vers. 10.* Et est communis Jurisconsultorum sententia, *Azo in summa Cod. ad leg. Iul. de Adult. n. 2. Iulius Clarus §. adulterium, n. 2. Farinacius quæst. 141. n. 76. & seqq.*

Objicies *c. nemo blandiatur 32. quæst. 4.* cum ait: *omne stuprum adulterium est: nec viro licet, quod mulieri non licet. Eadem à viro, quæ ab uxore debetur castimonia. Quidquid in ea, quæ non sit legima uxor, commissum fuerit, adulterii crimine damnatur &c.* Resp. hæc dici & procedere intuitu peccati mortalis quo coram Deo tenetur maritus, qui cum innuptâ coït: nec non injuriæ quam facit uxori. Nam unum corpus cum meretrice fit *1. Cor. 6. vers. 15. & 16.* fidem conjugalem rumpit: primo matrimonii instituto adversatur, secundùm quod duo in carnem unam esse oportet, non plures: uti & relictis parentibus adhærere uxori non uxoribus, *Gen. 2. vers. 14. Matt. 19. vers. 5.* eique reddere conjugale debitum, sicut & viro uxor, *1. Cor. 7. vers. 3.* cum neuter potestatem corporis sui habeat, sed uxor mariti, & maritus uxoris *1. Cor. 7. vers. 4.* Non autem intuitu criminis quod æquè societatem hominum publicamque quietem turbat, ac proinde æquali supplicio inter homines

 vindi-

vindicandum. Quæ enim in hoc ſtupro, uti & ſupra dixi, ſeminum confuſio & adulterinorum ſuppoſitio? quodnam familię dedecus? Ut præteream apud omnes omninò populos majorem verecundiam caſtitatemque in mulieribus quam viris requiſitam fuiſſe. Eodem modo reſpondeo *ad c. non mœchaberis 32. quæſt. 6. & cap. tranſmiſſæ 4. ext. de eo qui cognovit conſanguineam &c.*

Objicies *l. ſi uxor. 13. §. Iudex 5. D. ad leg. Iul. de adult.* in verbis: *Periniquum enim videtur eſſe, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipſe non exhibeat.* Reſp. hoc dici ad extenuandum adulterium ab uxore commiſſum; non autem ut maritus, qui cum innupta coït, æquè grave delictum perpetraſſe arguatur. Scio ipſum conjugalem fidem violare. At quis dicet omnem conjugalis fidei violationem adulterium eſſe? Ecquid ſi maritus uxorem verberibus excipiat domoque propellat? an tali modo conjugalem fidem ſervet? an adulterium committat?

DUBITATIO XV.

An meretrix, quemadmodum turpiter facit quod ſit meretrix; ita etiam turpiter accipiat quod ipſi datur, cum ſit meretrix?

EX hac Ulpiani ad edictum *in l. Idem etſi 4. §. 1. D. de condict. ob turpem cauſſam* ratione: *Sed & quod meretrici datur, repeti non poteſt, ut Labeo & Marcellus ſcribunt: ſed nova ratione, non eò, quod utriuſque turpitudo verſatur: ſed ſolius dantis. illam enim turpiter facere, quod ſit meretrix: ſed non turpiter accipere, cum ſit meretrix.* occaſionem arripuit Franciſcus Sarmiento, *lib. 6. ſelect. interpret. cap. 8.* Juriſconſultum reprehendendi; quaſi tanta hic in accipiente turpitudo, quanta in eo qui propter homicidium perpetratum pecuniam accepit, verſe-

verſetur. Enimverò cum meretrix non dicatur omnis mulier quę in corpus ſuum peccat, ſed quæ eo vivendi genere publicè quæſtum facit & precio ſe proſtituit, nulla videtur turpitudo in meretrice aliquid accipiente verſari: cum pro eo quod ei donatur, non videatur pudicitiam ſuam proſtituere & ſe ipſam contra bonos mores è numero honeſtarum mulierum eximere; utpote quę jam ante omnem pudorem & verecundiam exuit. Quare non tam pro re turpi, quam donationis titulo pecuniam ex quâ victitare poſſit accipere cenſetur: eodem modo quo libertus qui patronum defert præmium meretur, ut delator; qui tamen ut ingrate patronum accuſans ejus legato privatur, *l. 1. D. de his quæ ut indignis.* At licet miles nihil focariæ ſuæ, *l. 2. Cod. de donat. inter vir. & uxor. l. Donationes 31. in prin. D. de Donationibus*, vel adoleſcens luxurioſus per viam interceſſionis vel mandati donare meretrici poſſit, *arg. l. ſi verò non remunerandi 12. §. ſi adoleſcens 11. D. mandati*, in aliis tamen caſibus, ſi quid ex liberalitate & affectione in meretricem conferatur, valet donatio, *l. affectionis 5. D. de Donationibus*: adeo ut in propoſito actus meretricis ſecundus, qui in accipiendo eo quod ipſi donatur, conſiſtit, ab actu primo turpitudinem in ſe continente omninò diſtingui poſſit. Aliter quam cum quis propter homicidium perpetratum, aliud-ve flagitium pecuniam accipit, *l. generaliter 26. cum l. ſeq. l. ſi flagitii 123. D. de verb. obligat.* vel, (quod huic caſui accommodatius) cum aliquid mulieri propter ſtuprum datum eſt, *l. idem etſi ob ſtuprum 4. in prin. D. de condictione ob turpem cauſſam.* quæ enim in hiſce caſibus turpitudo actum primum, ea etiam ſecundum inquinat: cum propter hunc ille primariò & principaliter inſtitutus videatur; ac quaſi commercium ſit, quo, quæ ob ſtuprum pecuniam accipit, ſe è numero innocentium & honeſtarum mulierum eximit.

DUBITATIO XVI.

An pubertas ex annis, an verò ex habitu corporis rectius æstimetur?

PUbertatem rectius ex annis quam habitu corporis æstimari Justinianus constituit, *l. ult. Cod. quando tut. vel cur. prin. Instit. quibus modis tutel. finit.* Non quidem eo sensu quod masculi post decimum quartum annum completum puberes, fœminæ post duodecimum viripotentes sint, ante non sint: sed quod tales censeri duntaxat & æstimare debeant; ne, quæstione super ipsâ pubertate vel viripotentiâ ortâ, ad inspectionem habitus corporis devenire necesse sit, quæ turpis, impudica & inhonesta est; non solùm cum corpus denudatur (quamvis hæc nunquam in usu fuerit; utpote nimis obscœna. nec contrarium ullibi Justinianus dixerit; etiamsi ipsi hoc, sed imprudenter satis, affinxerit Jac. Rævardus *lib. 4. variar. lection. cap. 10.*) sed etiam externè corporis constitutio & vigor perpenduntur, *Cicero post Ennium lib. 4. Tuscul. in fine. Tertullianus tractat. de virginibus celandis.*

Nihil obstat *cap. puberes 3. ext. de desponsatione impuberum.* Quia de verâ & ipsâ naturali pubertate loquitur; non autem de ætate quâ quis absque turpi illâ habitus corporis inspectione, pubes censeri posset.

DUBITATIO XVII.

An mulier dotis nomine justè præferatur etiam expressam anteriorem hypothecam habenti?

MUlier dotis nomine præfertur etiam expressam hypothecam habenti; *l. assiduis 12. §. 1. Cod. qui potiores in pigno-*

pignore. in verbis: *potiora jura habere adversus omnes mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati.* Loquitur enim de jure, quod inter hypothecarios creditores observatur; ut qui prior est tempore potior sit jure: vocatque privilegium, quia specialiter leges indulserunt, ut temporis ratio haberetur, idque indistinctè sive expressam sive tacitam hypothecam habeant, *l. 2. Cod. qui potiores in pignore.* Denique in Novella 97. *cap. 3. & 4.* Mulier præfertur creditori mutuanti in refectionem ædium; qui tamen præfertur omnibus aliis creditoribus, licet expressam hypothecam anteriorem habentibus. Cur non igitur mulier cæteris quoque præferetur? Nam si vinco vincentem te, multo magis te vinco, *l. de accessionibus 14. per titam. D. de diversis & temp. præscript.* nec ulla ratio adferri potest ob quam hoc axioma vigorem suum hic non retineret. ut omittam quod alioquin Justinianus pleno juris articulo non perfecisset, quod jam ante sibi proposuerat: nam creditores plerumque expressâ hypothecâ sibi prospiciunt; perpauci casus sunt in quibus tacita obtinet; proinde si his tantum mulier præferretur, nihil aut parum emolumenti ex illa lege *assiduis 12.* ipsi obveniret; quod & à verbis & mente Imperatoris, nec non rationibus quibus utitur, alienum est: quæ perinde in iis qui expressam hypothecam anteriorem, quam qui tacitam habent, obtinent, *d. l. assiduis 12. in prin. vers. nec ad fragilitatem &c. §. 1. vers. quis enim earum &c. d. Novell. 97. cap. 3. vers. videbamus enim &c.*

Justè autem mulierem præferri, ex eo probatur, quod Justum sit id quod publicè interest, ei anteponere quod privatim, *arg. l. venditor 13. §. 1. in fine & ibi Gothofred. D. communia prædiorum.* at publicè interest mulierem dotem suam salvam habere, *l. 1. D. soluto matrim. l. 2. D. de jure dotium.* Quod dos naturaliter sit in dominio ipsius mulieris, *l. in rebus 30. Cod. de*

jure

jure dotium, ac proinde non tam conſiderari debeat, ut mariti ſui creditrix, quam dotis ſuæ quaſi domina : nec tam cenſeri ſollicita eſſe de eo quod eſt mariti, quam ipſius, ſaltem naturaliter, proprium, *d. l. in rebus 30. Cod. de jure dotium d. l. aſſiduis 12. Cod. qui potiores in pignore*. Quod ſi maritus creditores habeat, iis de bonis ſuis ſatisfaciat: ut iniquum ſit mulieris dotem ipſis aſſignari. *Oportebat enim*, inquit Imperator, *diſponi maritos creditoribus ſuis ex ſuâ ſubſtantiâ ſatisfacere, non de dote mulieris quam ad ſuos victus ſuaſque alimonias mulier poſſidet, d. l. aſſiduis* 12. Quod creditores cum marito lucri & quæſtus proprii cauſſâ contraxêre: mulier verò mariti, quinimò reipublicæ, non ſui cauſſâ cum marito contraxit; hinc Imperator: *Quis enim earum non miſereatur, propter obſequia quæ maritis præſtant, propter partus periculum, & ipſam liberorum procreationem, d. l. aſſiduis* 12. §. 2. *in medio*. Quare creditores, ſaltem ex parte, de lucro captando certant; mulier autem non niſi de damno vitando: *non enim*, inquit Imperator, *pro lucro fovemus mulieres, ſed ne damnum patiantur ſuiſque rebus defraudentur curamus, d. l. aſſiduis* 12. §. 2. at eos qui de damno vitando certant, iis anteponi, qui de lucro captando, certum eſt.

Objicies, quod jus creditoribus quæſitum, iis ſine facto ſuo auferri non debeat. Reſp. jus hypothecæ iis integrum ſervari; ut maximè prælationem non habeant: hæc enim ſolius legis beneficio datur: & hujus quoque arbitrio modò ex tempore, modò ex cauſſâ credendi conſideratur, *Coſtan. tract. de dote cap. 7*. Quinimo jus prælationis retinent; ſed reliquorum mariti creditorum intuitu: At mulierem non tam ut mariti creditricem, quam dotis ſuæ dominam, hîc juſtiſſimè conſiderari, jam dictum.

Oppones quod privilegia non debent redundare in aliorum injuriam, *l. nec avus 4. Cod. de emancipat. liberor.* Reſp. creditores

tores nullâ injuriâ affici; uti ex jam dictis constat: quinimo mulierem injuria affectum iri, si in dote suâ, propriâ quasi substantia, non præferretur, creditoribusque liceret quasi alterius, quam debitoris sui, personæ bona arripere. *arg. d. l. assiduis 12. Cod. qui potiores in pign. l. in rebus 30. Cod. de jure dotium.* Denique legem nemini injuriam facere, *l. injuriarum 13. §. 1. D. de injuriis*, legis autem beneficio mulierem hoc jure gaudere, *d. l. assiduis 12. & l. in rebus 30.*

Dices quod provisio hominis cessare faciat provisionem legis, *l. fin. Cod. de pactis conventis.* at creditores expressam anteriorem hypothecam ex conventione sua habent; mulier autem tacitam ex legis beneficio. Resp. illam regulam duntaxat procedere cum lex disponit in subsidium hominis; quod in nostro casu dici nequit: Denique in uno eodemque negotio, non diverso, uti hic: præcipuè cum in nostro casu manifestum sit, eundem effectum tacitam hypothecam sortiri quem expressam, *l. 8. §. ult. D. qui potiores in pignor.*

Dices, quod qui prior est tempore potior sit jure. Resp. regulam non procedere, si concurrant qui jure prælationis gaudent, *arg. l. privilegia D. de rebus auct. jud. poss.*

Oppones quod jus commune potius sit jure singulari, *l. ejus militis 34. §. militia missus 1. D. de militari testam.* Resp. hoc verum esse, quando in una persona actus aliquis jure communi valere potest. Denique simpliciter non procedere: in toto enim jure generi per speciem derogatur, *l. in toto 80. D. de reg. juris.*

Oppones *l. ubi adhuc 29. Cod. de jure dotium.* argumento ducto à contrario sensu. Resp. hanc esse legis sententiam: Mulierem quidem omnibus præferri; non tamen iis, qui majus privilegium habent; at illi non sunt creditores expressam anteriorem hypothecam habentes, sed qui in funus impende-

runt, *l. etsi quis 14. §. 1. l. pen. juncta l. sunt personæ 43. D. de religios. & sumpt. funer. l. 17. D. de rebus auct. jud. possid.* qui sumptus necessarios in auctionem proscriptionemque bonorum fecerunt, *arg. l. ult. §. in computatione. Cod. de jure deliberandi.* & pauci similes. ut non dicam argumentum à contrario sensu non procedere cum expressa lex est in contrarium; uti hic. *d. l. assiduis 12. Cod. qui potiores in pignor.*

DUBITATIO XVIII.

An æquum sit, eum, cui instrumento publico de hypothecâ cautum est, præferri anteriori hypothecario, habenti scripturam privatam?

Constitutum est eum, cui publico instrumento de hypotheca cautum est, præferri anteriori hypothecario, habenti scripturam privatam, *l. scripturas 11. Cod. qui potiores in pignore.* Quod nonnullis displicet hoc præcipuè argumento motis: Quod non oporteat cuiquam jus suum detrahi, *§. ult. Instit. de his qui sui vel alieni juris sunt, l. 2. D. eod.* Quod beneficia in cujusquam injuriam tribuenda non sint, *l. nec avus 4. Cod. de emancip. liberor.* Sed respondendum, nullam anteriori hypothecario scripturam privatam habenti injuriam fieri, nec jus suum ei detrahi: cum hypothecam, qua sibi prospexit, retineat: Jus autem prælationis solius legis beneficio datur, & hujus quoque arbitrio modò ex tempore modò ex caussa credendi consideratur, ut supra quoque dixi. Nostro casu jure prælationis gaudet, cui instrumento publico de hypotheca cautum est, propter formam & modum eam constituendi: quod enim publicè & solenniter geritur, supra omnē fraudis suspicionem geritur; non ita quod privatim. Nam si fortè debitor posteriori alicui creditori gratificari velit, quid ipsi facilius,

quam

quam in fraudem anteriorum hypothecariorum creditorum diem constituti pignoris anticipare? quasi non hodie, sed ante biennium vel triennium cum ipso contraxisset pignusq; constituisset. Hanc autem hujus prælationis rationem esse, vel ex eo colligi potest, quod, *si forte publicæ atque integræ opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur*, tunc, cui publico instrumento de hypotheca cautum est, non præferatur: cum & illa idiochira eo casu quasi publicè & supra omnem fraudis suspicionem confecta habeantur, *d. l. scripturas 11. Cod. Qui potiores in pignore.*

DUBITATIO XIX.

An quod scriptum est in l. principalibus 33. D. de rebus creditis *inhumanum, illiberale & nullâ ratione fundatum sit?*

MOdestinus ait quod *principalibus constitutionibus cavetur, ne ii qui provinciam regunt, qui-ve circa eos sunt, negocientur, mutuam-ve pecuniam dent, fænus-ve exerceant. l. principalibus 33. D. de rebus creditis.* Si modo magistratus temporanei; non autem perpetui sint, *l. præsidis 34. D. eod.* Quam prohibitionem, (præcipuè eo casu quo provinciarum rectores mutuo aliquid sine usuris dare vellent) inhumanam & illiberalem, nec ullâ ratione fundatam esse scribit Fran. Connanus *lib. 7. comment. cap. 2. num. 1.* Putatque horum edictorum non aliam caussam esse, quam ut Magistratuum avaritiæ occurratur: ad quam reprimendam nihil affert si mutuo dare vetabantur: In quo (meo quidem judicio) errat. Quid enim si messe factâ fruges in provinciâ mutuo dent restituendas hyemali tempore in urbe? Quid si sub levissimis usuris in provinciâ nummi mutuo accipi possint; & gratuito quidem mu-

tuo dent, ſed exſolvendos in alia provinciâ, ubi ſub graviſſimis elocari poſſunt? An non longè melius ſit generali lege omnem hanc cauponationem præſcindere? præcipuè cum ii qui provincias regunt, ſolâ dignitate terribiles ſint? *l. unic. Cod. ſi rector provinciæ &c.* Et quamvis propter mutuum uſuras non exigant; hac tamen occaſione infinitis modis provinciales circumvenire queunt & potentiæ ſuæ metu ad iniquas conditiones adigere, *arg. l. pen. & ult. Cod. de his quæ vi metus-ve cauſſa.* Quinimo licet hæc prohibitionis ratio ceſſaret, alia tamen adhuc urget: ne ſcilicet his artibus amicos ſibi parent in ea provincia cui præſunt: quam potius juſtæ ſanctæque administrationis dignitate ſibi devincire deberent: aut quod pejus, res novas in ea moliantur: vel ſaltem impediant, conciliato ſibi provincialium favore, quominus ea manifeſtentur, quæ ſcire Principis quam plurimùm ſæpe intereſt.

Dicas hanc rationem in magiſtratibus quoque perpetuis locum ſibi vindicare; qui tamen in provincia ſibi demandata negociari, & tam mutuo accipere quam dare poſſunt, *d. l. præſidis 34. D. de rebus creditis.* Reſp. horum probatam fidem eſſe uti & illorum, qui, quamvis temporales ſint, ex ſpeciali tamen Principis conceſſione negociari poſſunt, *l. non licet 46. D. de contrah. emption. l. unic. Cod. de contract. Iudic.* Volenti enim & conſentienti nulla fit injuria: ac facilius poteſtate ſua abutuntur, qui eam diuturnam non fore vident. Hanc quoque ob cauſſam, licet concubinam quis ex ea provincia, in qua aliquid adminiſtrat, habere poſſit, *l. ult. D. de concubinis*; uxorem tamen non poteſt, *l. ſi quis 38. in prin. D. de ritu nuptiarum.*

DU-

DUBITATIO XX.

An juri naturali adversetur occasione mutui dationis usuras exigere?

DIstinguo inter usuras, quæ ad normam justæ & æquabilis compensationis ejus quod interest ab eo exiguntur, qui pecuniam mutuo accepit, ut vel negociatione, vel alio modo rebus suis melius commodiusque consuleret: & moderatæ dici possunt. & eas quæ in merum lucrum, cum mutuatarii damno: vel alioquin à paupere & attenuato petuntur. Hæ nullo jure licitæ: illæ verò omni permissæ. Et quidem juri naturali non adversari occasione mutui dationis usuras moderatas pacisci & exigere ex eo patet, quod jure naturali quisque obstrictus sit, ut benefacienti benefaciat, *l. sed et si 25. §. consuluit. 11. D. de petit. heredit.* Et quidem nostro casu tam efficaciter, ut honestè omitti nequeat: qui enim facultatem utendi nummis alienis, fortè viduarum & pupillorum, extra paupertatis necessitatem, sed proprii quæstus caussâ affectat, cum aliorum jacturâ locupletari studet, quod non licet, *l. jure naturæ. 206. D. de Reg. juris.* Quare, ne officii sui & obligationis qua tenetur immemor, hoc fiat, justum & æquum est juris vinculo ad eas usuras teneri, quibus nec ipse, nec qui mutuo dedit, damnificentur, sed utrisque commodè consulatur. Nec onus videtur esse quod quis obligatione civili ad illud obstringatur, ad quod obligatione naturali ex gratitudine obstrictus erat, ita ut sine ingratitudine non posset recusare. Accedit quod *si tibi debeam 2000. in fine hujus anni solvenda, possum nunc tibi offerre 1000. cum pacto ut alia mille non solvam ante biennium; ut Doctores fatentur. atqui hoc est dare nunc mutuum implicitum cum pacto ut vicissim implicitè remutues in fine anni.* ita D. Leon. Lessius

de Iustitia & jure lib. 2. cap. 20. Dubitat. 8. Præterea quid de iniquo habet, tu, qui pecuniâ meâ, tanquam fundo vel ædibus uteris frueris; ut fructum fundi & pensionem ædium, ita pecuniæ usum & impedimentum præstes? Tibi pecunia mea proficiat, mihi sit ociosa? Quid ad æquabilem & justam compensationem distat id quod interest ab usuris? *Ærodius rer. judic. lib. 4. tit. 10. de usuris cap. 1.*

Objicies, contra naturam esse, ut nummi, qui steriles sunt, fructum ferant: usuræ autem nummorum quasi fructus sint, *l. usura 34. D. de usuris l. cum servus 39. §. fructus. 1. in medio D. de legat. 1.* Resp. nummos quidem sui naturâ steriles esse; legem tamen & ubique receptam consuetudinem eos quasi fructiferos fecisse, usu exigente & humanis necessitatibus; unde steriles dicuntur, qui usuras non pariunt, *l. debitor. 7. in fine D. de usuris, l. quid ergo 3. §. usuras 4. D. de contraria tutelæ & utili actione.* è contrario autem benè collocati, qui pariunt. *l. si bene 33. D. de usuris.* Præterea quasi usumfructum in nummis etiam constitutum esse propter utilitatem maximam, quæ in facultate iis utendi fruendi, licet aliquando restituendis, consistit, *§. constituitur 2. Instit. de usufructu l. 2. D. de usufructu earum rerum &c.*

Objicies, quod dicitur injuriosum esse ab aliquo exigere; quod ipsi datum non est. Resp. quod in mutuo non nudè ipsa pecunia, quæ mutuo datur, attendatur, sed præterea lucrum quod ex ejus usu percipitur; unde qui illam tradit, etiam lucrum in illâ latens tradere censetur: eo enim se spoliat. Quod D. Lessius *de Iust. & jure lib. 2. c. 20. Dubit.* 11. ita declarat: *Sicuti si triticum destinatum sationi (quo si careas carebis fructu) mutuum des; plus potes pro eo exigere, quam per se valeat, quia in illo virtute continetur fructus; & dum illud das, simul das fructum in eo latentem.* Præterea: *si privas te hâc pecuniâ lucro destinatâ, non*

solum

ſolum illâ te privas, ſed etiam ſpe lucri, quam ex illâ per tuam induſtriam conceperas. atqui hæc ſpes eſt, precio æſtimabilis: (poteſt enim ſpes lucri, ſeu lucrum ſperatum vendi) ergo pro ea poteſt aliquid exigi. Ex his facile conſtat creditorem uſuras paciſcentem & exigentem non locupletari cum jacturâ mutuatarii contra legem *nam hoc 206. D. de reg. juris*, ſed econtrario, ſi nullæ exſolverentur, mutuatarium cum creditoris jactura conditionem ſuam meliorem facere.

Oppones, quod pecuniæ numeratæ cæterarumque rerum, de quibus uſuræ exiguntur, nullus ſit uſus, niſi conſumptæ fuerint. at ſi quis ita uſus ſit, fecit conſumendo, ut ſæpius uti nequeat. At enim pro uſu, ſaltem qui aliquando fuit, aliquid dari fortaſſis non iniquum foret; verùm nunc pecunia conſumpta abeſt debitori. Reſp. nuda illa & quaſi momentanea diſtractione & conſumptione non metiri pecuniæ cæterarumque ſimilium rerum utilitatem, ſed ſucceſſivo uſu & commodo mercium vel rerum inde comparatarum & ſurrogatarum, præterea fructu & acceſſione rerum, ſæpè admodum fructiferarum, quas mutuatarius pecuniis mutuo acceptis, ab alio comparare vel proprias in patrimonio ſuo retinere potuit. Quapropter cum indies debitor ex vario uſu rerum mutuo acceptarum lucrum ferat, iniquum non eſt, ſi etiam continuum quid ad juſtam & æquabilem compenſationem ejus quod intereſt creditoris, qui commoditatem illam ei fecit & ſe ipſo ea privavit, mutuanti præſtet.

Oppones, quod ſecundum naturalem æquitatem ei res quæſtui eſſe debeat cujus periculo eſt, *arg. l. is qui commodatum 13. §. ſi quem quæſtum 1. D. Commodati.* pecunia autem credita periculo debitoris ſit, *arg. l. incendium 11. Cod. ſi certum petatur. prin. Inſtitut. quibus modis re contrahitur obligat.* Reſp. quod pecunia mutuo data ſoli debitori quæſtui ſit: licet

illc

ille teneatur ad justam & æquabilem compensationem ejus quod creditoris occasione mutui dationis ob damnum emergens vel lucrum cessans interest. Præterea quod pecunia mutuo data, licet non immediatè, saltem mediatè periculo creditoris sit; cum ipsi tantumdem restitui debeat, *l. mutuum 2. D. de rebus creditis.* ac solutionis tempore debitor non solvendo existere possit, vel cum pecuniâ aufugisse: cujus periculi intuitu æquitati consentaneum est licere creditori usuras pacisci: quod enim se in tale periculum conjicit, precio æstimabile est; at pro eo, quod precio æstimabile est, precium quoque exigi potest. Nec dubitat quisquam, quin creditor exigere possit, ut mutuatarius ei dato fidejussore aut pignore caveat: ergo potest etiam ipse aliquid accipere, cum periculum fidejussoris subit. *D. Leon. Lessius de Iustitia & jure lib. 2. cap. 20. Dubitat. 13. vers. quinto.*

Objicies in mutuo tantumdem restitui, *l. mutuum 2. D. de rebus creditis. prin. Inst. quibus modis re contrahitur obligat.* ac proinde eandem quantitatem eundemq; usum, quem debitor acceperat, in creditorem solutâ pecuniâ transferri, ac tali modo ei plenè satisfieri. Resp. hoc falsum esse, saltem intuitu gratitudinis & omnimodæ æqualitatis. Qui enim pro mille modiis frumenti, quos mutuo dedit, post annum mille recipit, propriè & strictè loquendo tantumdem non recipit: potuisset enim, mille suos modios cum prædio ejusdem valoris commutasse, & ex eo fructus percepisse; qui fructus, quamvis incerti, nihilominus pecuniâ æstimabiles sunt: potuisset inquam mille illos modios cum ædificio commutasse, ac pro locatione ejus pensionem percepisse. Unde quemadmodum ei, qui equum alicui commodat, strictè loquendo satisfactum non censetur eo, quod equus finito usu ipsi restituatur, nisi etiam ipsi vicissim equus commodato datus sit: Sic etiam æqualitati non prius satis-

ſatisfactum reputatur quam ſi ei qui mille modios frumenti mutuo dedit, mille ejuſdem bonitatis & qualitatis reſtituantur, ac inſuper mille ipſi viciſſim mutuo dentur: quod cum non ſemper uſui venit, & illa facultas utendi fruendi per integrum annum mille modiis frumenti pecuniâ æſtimabilis ſit; mirum non eſt, ut æqualitati ſatisfiat, aliquid pro eâ pendi.

Objicies, quod mutuum gratis fieri debeat, *l. rogaſti 11. §. ſi tibi. 1. D. de rebus credit.* Reſp. hoc verum eſſe reſpectu mutui præciſe ſpectati: benè tamen poteſt aliquid exigi pro ſpe lucri, quam ex illâ pecuniâ creditor acceperat, quâ ſpe ſimul ſe privavit, dum illam pecuniam tradidit. quo modo licitum eſt aliquid accipere ratione damni emergentis, *D. Leon. Leſſius de Iuſtitia & jure lib. 2. cap. 20. Dubitat. 11. verſ. Objicitur ſecundò.*

Oppones quod à mutuo omne onus abeſſe debeat. Reſp. hoc intelligi de onere, quod majus ſit, quam onus mutuantis, *D. Leon. Leſſius d. tract. Dubitat. 8. verſ. Dices.*

Dices naturæ repugnare de alieno lucrum ſentire, *l. idemque 10. §. ſi procurator 3. D. mandati.* Reſp. verum quidem eſſe rerum mutuo datarum dominium in mutuatarium tranſire: non tamen iniquum eſſe aliquid pro eâ commoditate & facultate lucrandi ex nummis mutuo datis, quâ mutuans ſe privat & in mutuatarium confert, viciſſim ad normam juſtæ & æquabilis compenſationis paciſci & exigere. Præterea iniquum eſſe de alieno lucrum ſentire, ſine juſtâ cauſſâ, invito & reluctante domino, quemadmodum *d. l. idemque 10. §. ſi procurator 3. D. mandati* loquitur. at ut ex mutuo moderatas uſuras creditor accipiat, rationi, quæ neminem cum alterius jactura locupletari patitur, conſentaneum eſt: præcipuè, cum debitor expreſſè vel ſaltem tacitè, ex eo quod mutuo accipiat, in eas conſentiat. Ut mittam debitorem obſtrictum

esse, ut tantumdem restituat, *l. 2. D. de rebus creditis.* ac proinde non tam videri propriis nummis, quam alienis uti.

Quod dicitur iniquum esse ex alienâ industriâ quemquam lucrum captare: verum est: si hoc faciat sine caussa & voluntate ejus qui industriam suam exercet. at hoc de mutuante dici nequit, uti ex ante dictis constat. Quibus addo, quod si aliquis societatem inierit eo pacto, ut post certum tempus pecuniam, quam solam conferebat, ei repetere liceret: præterea, si lucrum contigisset, partem ex ea ferret, si verò damnum, de eo non teneretur: nemo dicet iniquam conventionem esse, *arg. §. de illa 2. cum §. seq. Instit. de societate.* Jam finge quod socius ille nolens incertum eventum exspectare, jus spemque suam alicui vendat, qui collatam in commune pecuniam & insuper aliquid amplius ipsi repræsentat: hic etiam contractus justus erit. atqui cur etiam non potero pecuniam meam mutuo dare, & à mutuatario illud pacisci quod omni damno & periculo deducto verisimiliter lucrari potuissem, si fortè prędium vel domum pecunia mea comparassem; ac ita omnem incertitudinem modico certo redimere.

Dices beneficio adfici hominem hominis interesse, *l. servus ea lege 7. D. de servis export. Cicero lib. 2. Officior.* Resp. hoc verum esse, atque adeo ipsam sortem sæpe donandam vel remittendam esse, cum mutuatarius pauper & attenuatus est, ac in alimenta sorte mutuare cupit: at cum nulla urget necessitas, & sine incommodo mutuatarius usuras moderatas pendere potest, non dictát naturalis æquitas nos alterius utilitati studere debere & nostram negligere: sed potius, ut nostram & simul alterius curemus: veluti cum pecuniam sub pacto moderatarum usurarum mutuo damus.

Quæ passim apud bonos Auctores occurrunt, non ad injuriam moderatarum usurarum, sed immoderatarum earundemque

demique enormem exactionem ſpectant; veluti cum ait Demoſthenes in Olynthiaca: οἱ δανειζόμενοι ῥᾳδίως ἐπὶ τοῖς μεγάλοις τόκοις μικρὸν εὐπορήσαντες χρόνον ὕστερον καὶ τῶν ἀρχαίων ἀπέστησαν. id eſt, *qui pecuniam magno fœnore ſumunt illâ pauliſper locupletati, poſt etiam patrimoniis evertuntur*. Ariſtophanes in Nebulis: τοῦτο δ' ἐστὶ, ὁ τόκος τὶ θηρίον: id eſt, *nihil aliud eſt uſura quam fera quædam*. Cicero pro Cœlio. *Parcat Iuventus pudicitiæ ſuæ, ne ſpoliet alienam, ne effundat patrimonium, ne fœnore trucidetur &c.* Marcus Cato *in princip. de re ruſtica* cum ait: Apud Romanos legibus majorum magis inviſos fœneratores furibus fuiſſe: *nam furem dupli, fœneratorem quadrupli condemnabant*. Plutarchus in toto libello *de vitanda uſura*. Quo etiam ſpectavit rogatio quam ad populum tulit Lælius Genutius Tribunus plebis: Uti etiam modus fœnori propoſitus C. Mario & Cn. Manlio Coſſ. *Livius lib. 7.* Antea enim ex libidine locupletium res agitabatur & mutuatarii nexu tenebantur: hinc Livius lib. 6. *An placeret fœnore circumventam plebem, ni potius quam ſortem ſolvat, corpus in nervum ac ſupplicia dare? & gregatim quotidie de foro addictos duci? & repleri vinctis nobiles domus; & ubicumque patricius habitet, ibi carcerem privatum eſſe?*

DUBITATIO XXI.

An juri divino, Canonico vel civili adverſetur occaſione mutui uſuras paciſci & exigere?

Repetitâ eâdem diſtinctione, quâ in præcedenti quæſtione uſus ſum, non puto juri divino, Canonico, multo minus civili adverſari occaſione mutui uſuras illas paciſci & exigere quæ ad normã æquabilis compenſationis ejus quod creditoris intereſt, exiguntur ab eo qui pecuniam mutuo accipit, ut negociatione aliâ-ve viâ rebus ſuis commodius proſpiceret. At quæ in merum lucrum cum debitoris damno, non

tam occasione mutui quam propter mutuationis officium: vel alioquin à paupere & attenuato expostulantur, omninò illicitæ & prohibitæ sunt. Probant hanc sententiam Theologi & Canonistæ insigniores.

Quod itaque dicitur Exodi *cap. 22. vers. 25.* Levit. *cap. 25. vers. 35. & seqq.* Deuteron. *cap. 23. vers. 19. & 20.* & in Psalmo qui apud Latinos est 14. apud Hebræos 15. eum qui pecuniam suam non dederit ad usuram, habitaturum in monte sancto Domini. Ezech *cap. 18. vers. 8. & 13.* ubi dicitur de eo, qui dedit ad usuram, quod *non vivet.* Præterea Lucæ *cap. 6. vers. 34. & seq.* ibi, *Benefacite & mutuum date, nihil inde sperantes.* In primis justam limitationem recipit ex paupertate & attenuatione personæ, quæ forte talis est, ut eleemosynâ indigeat, mutuumque petit ut forte alimenta comparet: ei enim omninò subveniendum est, nec occasione mutui quidquam ab eo exigendum. Et quidem de paupere & attenuato diserte agitur Exod. 22. & Levit. 25. cui accedit Exod. 15. *vers. 7. & seqq.* Uti etiam Lucæ 6. *vers. 34. & seq.* ibi, *nihil inde sperantes*, nempe ultra sortem, ut plerique DD. Scholastici & Urbanus III. *in cap. consuluit 10. ext. de usuris* explicant. *D. Leon. Lessius de Iustitia & Iure lib. 2. Dubitat. 4. vers. Sed difficulatas.* Secundò limitatur ex modo: ut nempe, nihil nequidem ab illo, qui ut commodius rebus suis prospiceret mutuum petit, exigatur propter ipsum mutuationis officium, in merum lucrum, cum illius oppressione & damno. At ut aliquid exigatur, occasione mutui, ad normam æquabilis compensationis ejus quod creditoris vel ratione lucri cessantis vel damni emergentis interest, sine morsu, id est, mutuatarii damno, nullibi prohibitum est.

Dices nullos præter pauperes & attenuatos mutuo petere. Resp. hoc falsum esse; & sæpius quidem Eleemosynam petere

& ac-

& accipere, rarius mutuo. Sed quæritur quænam sit sententia Deuteron. *cap. 23. vers. 19. & 20.* ubi hæc verba: *Non fænerabis fratri tuo ad usuram pecuniam, nec fruges, nec quamlibet aliam rem; sed alieno.* Respondet Leon. Lessius *de justitia & jure lib. 2. cap. 20. Dubitat. 4.* post D. Thomã 2. 2. *quæst. 78. art. 1. ad 2.* ibi tantum permitti Judæis usuras erga infideles majoris mali vitandi caussa; ne videlicet suos fratres usuris exhaurirent. vel concedi usuras erga infideles, qui erant hostes Judæorum; quos jure poterant rebus suis sive artificio, sive vi spoliare: ut exponit D. Ambrosius *lib. de Tobia cap. 8.* Ita ut usuræ, quas ab infidelibus pacisci & exigere licet, eæ sint, quæ propter mutuationis officium in merum lucrum, cum morsu, id est, infidelium damno exiguntur. Quod Deus permittere potuit, supremus omnium bonorum dominus & donator; quasi in compensationem odii, machinationum, injuriarum & damni, quibus populus ejus indies ab infidelibus afficiebatur, justâ proportione cum his usuris compensantur: Sicuti summa Ægyptiorum injustitia & crudelitas, cum preciosiorum suorum mobilium jactura *Exod. 11.* At sub Euangelio hæ usuræ cessant, *arg. Lucæ 6. vers. 32. & seqq.*

Adversus hæc nihil etiam obstant, quæ ex jure Canonico peti solent: non in primis quod ex *cap. in civitate, 6. ext. de usuris.* Quia nihil aliud hic prohibetur quam ratione solutionis dilatæ merces pluris vendere, quam modò valeant; nisi dubium sit, illas plus minus-ve tempore solutionis valituras. Unde non damnatur *qui plus exigit ratione periculi, cui sors per dilationem solutionis exponitur; de hoc enim nulla fit ibi mentio; imo tacitè insinuatur id esse licitum. Si enim tibi jus est, rem quæ nunc valet 5. vendere 6. dilata solutione, quando dubium est, utrum ea tempore solutionis sit plus minus-ve quam sex valitura, ut docet Pontifex; multo magis jus erit exigere aliquid supra rei*

præsentem æstimationem, ratione periculi totius sortis. Si enim illud licet quia exponis te periculo amißionis lucri; multo magis hoc licebit, cum te exponas periculo non minuti vel ambigui lucelli, sed totius sortis amittendæ. ita respondet Leon. Lessius *de Iustit. & jure lib. 2. cap. 20. Dubitat. 13.*

Nihil obstat *cap. naviganti 19. ext. de usuris*, ubi Pontifex: *naviganti vel eunti ad nundinas certam mutuans pecuniæ quantitatem, pro eo quod suscipit in se periculum, recepturus aliquid ultra sortem, usurarius est censendus.* Quia respondit D. Leon. Lessius *loc. citat.* Quod Pontifex loquatur de eo *qui ita mutuat ut alterum cogat inire secum contractum præstandæ securitatis mercium aut pecuniæ: qui videlicet non vult mutuare, nisi alter alium contractum secum ineat, quo ipse certo precio in se periculum pecuniæ vel mercium recipiat; & hoc est illicitum, & ex parte usurarium, ut dictum est: quia hoc onus est precio æstimabile & forte alia ratione, minore detrimento securitas præstari potuisset, dato pignore vel fidejussore. Ita docent Angelus & Silv. & Ioann. Medina & alii doctores fere omnes*; vel certè solum intendit Pontifex damnare usuras immoderatas.

Objicies *c. si fœneraveris 1. caussa 14. quæst. 3.* Resp. quod de usuris immoderatis loquatur; quod ex illis verbis patet: *mutuam pecuniam tuam dederis, à quo aliquid plus, quam dedisti, expectes accipere &c.* qui enim moderatas usuras paciscitur nihil plus quam dedit exspectat: non enim nudè pecunia quæ mutuo datur consideranda est; sed præterea eâ utendi in proprium lucrum commoditas, quam mutuatarius à creditore se ipso eâ privante, accepit. ita ut is proprie supra id quod mutuo dedit plus exigere dicatur, qui propter mutuationis officium prætextu Justitiæ in charitatem vel ipsam justitiæ æqualitatem & æquitatem peccans, cum morsu, id est nimia & intempestivâ exactione debitorem aggravat.

Eodem

Eodem modo reſpondeo ad cæteros Canones qui occurrunt *d. cauſſa 14. quæſt. 3. & 4.* uti etiam *tot tit. Decretalium de uſuris. & lib. ſext. Decretal. eod. tit.* nec non Clementin. *de uſuris. can. Epiſcopus 1. Diſtinct. 47.* uti quoque ad Concilium Nicænum de quo in *c. quoniam 2. diſtinct. 47. Lauranenſe cap. 3. ext. de uſuris*, aliaque.

Si objicias ex D. Thoma, 2. 2. *quæſt. 78. art. 2. ad 1.* ubi dicit: *compenſationem damni, quod conſideratur in hoc quod de pecunia non lucretur, non poſſe in pactum deduci, quia non potes vendere id quod nondum habes, & à quo potes multipliciter impediri.* Reſp. Cum Leon. Leſſio *de Iuſtitia & Iure lib. 2. cap. 20. Dubitat. 11.* quod *D. Thomas loquitur ibi de lucro remoto; nempe quando pecunia nondum erat negociationi deſtinata: vel certe ſolum vult non poſſe tantum exigi, quantum erat lucrum poßibile. non tamen negat quin ſpes illa lucri, quæ minoris valet quam ipſa res ſperata, poßit in pactum deduci. ut colligitur ex quæſt. 62. art. 4. ad 1. & docet Cajetanus q. 78. art. 2. ad primum.*

De immoderatis etiam uſuris accipiendum quod Joann. Chryſoſtomus ſuper Matth. 5. ait: *Similis eſt pecunia uſurarii morſui aſpidis: percuſſus enim ab aſpide, quaſi delectatus vadit in ſomnum, & per ſuavitatem ſoporis moritur: quia tunc venenum latenter per omnia membra decurrit. Sic qui ſub uſura accipit, ſub tempore quaſi beneficium ſentit: ſed uſura per omnes ſuas facultates decurrit, & totum convertit in debitum.*

Transeo ad jus civile quo moderatæ etiam duntaxat uſuræ licitæ ſunt, non immoderatæ: hoc enim nullæ exiguntur niſi ad normam juſtæ & æquabilis compenſationis ejus quod creditoris ratione damni emergentis vel lucri ceſſantis intereſt: nullæ ob ſolum mutuationis officium ſed occaſione mutui dationis tantùm propter commoditatem quam creditor in mutuatarium contulit & quaſi ſe privavit; nempe quod creditoris

toris pecuniâ debitor in proprium ſuum lucrum uti poſſit. In hanc rem infiniti ſunt textus, *l. illud 29. §. condemnatio 2. D. de Ædilitio edicto. ibi, & quidem continet condemnatio precium acceſſioneſque. an & uſuras pretii conſequatur: quaſi quod ſua interſit, debeat accipere? &c. l. in inſulam 42. §. uſuras 2. D. ſoluto matrimonio, ibi, uſuras numeratæ dotis ex ſtipulatu pater in matrimonio defuncta filia, ſi petat: gener, qui reſiduæ dotis promiſſæ fœnus ſtipulatus eſt, ita demum, ad finem vice mutua debitæ quantitatis, compenſationem opponere juſtè videtur, ſi propriis ſumptibus uxorem ſuam exhibuit, alioquin ſi patris ſumptibus exhibita ſit, inanis uſurarum ſtipulatio compenſationi non proderit. præterea in l. nec enim 23. D. de pignerat. action. l. ſocium 60. in prin. D. pro ſocio l. ſi quis 21. §. 1. D. de donat. inter virum & uxorem.* hinc Paulus *in l. cum quidam 17. §. ſi pupillo 3. in fine D. de uſuris*, ait: *uſuras non propter lucrum petentium ſed propter moram ſolventiũ infligi.* At propter id quod intereſt uſuras exigi poſſe Theologi & Canoniſtæ ſtatuunt: multo magis propter morã, *Leon. Leſſius de Iuſtitia & jure lib. 2. cap. 20. Dubitat. 15. poſt multos quos ibi citat & laudat.* Præterea hoc idem conſtat ex modo uſurarum quem Juſtinianus conſtituit *l. eos 26. Cod. de uſuris.* Quo ſemiſſes uſuras, id eſt, quotannis ſex in centum, tanquam communes approbavit, quas quilibet ſtipulari & exigere poteſt, illuſtribus perſonis exceptis: illæ enim majores trientibus petere nequeunt, id eſt, quotannis quatuor in centum, *d. l. eos 26. §. 1. Cod. de uſuris.* Mercatores & negotiatores reliqui beſſes, id eſt, octo in centum ſtipulari poſſunt, *l. eos 26. §. 1. verſ. Illos verò.* Pauci ſunt Caſus quibus centeſimæ permiſſæ, id eſt, duodecim quotannis in centum, idque I. in pecuniâ trajectitiâ cujus periculum creditor ſuſtinet, *d. l. eos 26. §. 1. verſ. In trajectitiis.* II. in frugibus mutuo datis, *d. l. eos 26. §. 1.* propter incertitudinem & periculum quod ſuſtinent

co

eo casu mutuantes. III. cum quis pecuniam ejus, cujus tutelam negocia-ve administrat, clam propriique quæstus gratia, in suos usus convertit, *l. qui sine 38. vers. sed quas usuras. D. de negotiis gestis l. tutor. 7. §. pecuniæ 4. D. de administrat. & peric. tut. l. 1. Cod. de usuris pupillaribus.* IV. Cum quis post judicati tempus non solvit, *l. 1. 2. 3. Cod. de usuris rei judicatæ.* utrumque in pœnam facto negligentiæque convenientem. Fuit autem hæc usurarum intra certas metas ad normam justæ & æquabilis compensationis ejus quod interest cohibitio & determinatio utilis & plane necessaria: primum ne ex libidine cujusque res agitaretur. Deinde ne creditores probare cogerentur quantum ratione periculi, moræ dilationis-ve aut alterius incidentis incommoditatis sua interest. Tertio, ut mutuatarii aliique debitores modicis hisce usuris majoris utilitatis occasionem redimere omnique alio fœneratorio onere defungi interim possent, quamvis constaret creditoris plus interesse.

Quod autem immoderatæ usuræ legibus civilibus non tollerentur, manifestè patet ex *d. l. eos 26. §. 1. in fine Cod. de usuris. & l. Improbum fœnus* 20. *Cod. ex quibus caussis infamia irrogatur. & l. 2. Cod. Theodos. de usuris.*

Objicies *l. 1. Cod. de summa trinitat. & fide Cathol. uti etiam Novell. 131. cap. 1.* ubi Justinianus: *Sancimus igitur vicem legum obtinere, sanctas Ecclesiasticas regulas, quæ à sanctis quatuor conciliis expositæ sunt, aut firmatæ, hoc est in Nicæna &c.* Quæ usuras vetuit *c. quoniam 2. distinct.* 47. Respondeo Concilio Nicæno immoderatas duntaxat prohibitas fuisse, non moderatas: uti ex ipso Concilio & dicto canone *Quoniam* patet, dũ centesimarum & sesquialterarum usurarum mentionem facit.

Objicies evenire posse, ut nihil creditoris intersit; veluti si ociosam suam pecuniam retinuisset. Resp. hunc casum

rarum esse; jura autem adaptari debere ad ea quæ frequenter & facile contingunt, *l. ex his 4. cum ll. seqq. D. de legibus*. Præterea adhuc creditoris interesse ratione periculi, quod ipsum ex eo manet quod debitor labi facultatibus posset, & tempore solutionis non solvendo existere. uti etiam ratione incommoditatis qua afficitur ex eo quod pecunâ suâ, si forte vellet, uti interim non possit.

Enimvero licet nulla invidia usuræ moderatæ laborent, aut etiam laborare debeant: attamen ne facile in immoderatas abeant, certis quibusdam vinculis jure nostro tenentur. Quorum Primum est, quod non liberæ sint, uti in emptione venditione precium, in locatione conductione merces, sed pro qualitate personarum & negociorum texatæ. *l. eos 26. Cod. de usuris*. II. Quod ex pacto incontinenti adjecto contractui mutui non debeantur, sed solummodo per stipulationem promissæ, *l. quamvis 3. Cod. de usuris l. si ex precio 6. Cod. si certum petatur. arg. l. pignoribus 22. Cod. eod.* paucis casibus exceptis, *l. etiam 30. D. de usuris l. in quibusdam 7. D. de nautico fænore. l. periculi 5. D. eod. cum similibus*. III. Quod usuræ usurarum nullæ currant; nec liceat eas sive sint prȩsentis sive prȩteriti vel futuri temporis in sortem transferre, *l. ut nullo 28. Cod. de usuris l. placuit 22. D. eod. l. improbum 20. Cod. ex quibus caussis infamia &c.* IIII. Quod particulares usurarum solutiones, si ad duplum ascendant, dissolvant debitum. *Novell. 121. Novell. 138. arg. l. nihil interest 4. §. pro operis 1. D. de nautico fænore*. V. Si majores quidem promissæ usurȩ, minores verò aliquo tempore acceptatæ fuerint, majores remissæ censeantur, *l. adversus 5. Cod. de usuris*.

DU-

DUBITATIO XXII.

An ex jurejurando actio jure Romano nasci possit?

QUi Deum in fidem promissionis suæ invocat, is jure Romano efficaciter obligatur. Quia de jurejurando expressum est quod speciem transactionis contineat, majoremque auctoritatem habeat quam res judicata, *l. 2. D. de jurejurando.* Atqui transactio, *l. cum mota 6. Cod. de. transact.* uti etiam res judicata efficacem obligationem pariunt, *l. actori 8. Cod. de rebus Creditis.* Præterea *si quis postulante adversario juraverit deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur: justissimè accommodat* (nempe Prætor) *ei talem actionem, per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit. §. item si quis 11. Instit. de actionibus.* Idem confirmant *l. non erit 5. §. dato 2. l. nam posteaquam 9. §. jurejurando 1. D. de jurejurando.* Scio Mynsingerum aliosque restringere paragraphum *si quis* 11. *Instit. de Actionibus* ad jusjurandum quod Judex ipse in judicio, vel adversarius Judice approbante defert, *ad d. §. si quis 11. num. 5.* sed minus rectè: nam illo casu actio intentata per Jusjurandum delatum & præstitum corroborata ac confirmata fuisset: atque ita ex eâ & secundum eam (saltem utiliter) condemnatio secuta fuisset, *l. si duo patroni 13. §. si quis juraverit 3. cum §§. seqq. D. de jurejurando.* neque necessarium fuisset prætoriam actionem in factum parare, de qua agitur in *d. §. si quis 11. Instit. de actionibus.* Deindè refragantur dicti paragraphi verba: si enim post institutam actionem Judex, vel etiam adversarius Judice approbante Jusjurandum actori deferat, & is in judicio juret deberi sibi pecuniam, quam libello conventionis complexus petiit, neque ei solvatur: prætoris officium non est ullam ei

actionem accommodare, sed judicis statim sententiam ferre, quæ deinde executioni mandabitur, *prin. Instit. & tot tit. de officio Iudicis l. à divo Pio. 15. per tot. D. de re judicata. l. qui restituere 68. D. de rei vindicat.* Longe itaque melius est dictum paragraphum de eo jurejurando intelligere, quod nullo adhuc suscepto judicio aliquis deferente adversario præstitit, ex quo actionem hanc in factum prætoriam consequitur. Scilicet, si pecuniam, quasi ex contractu innominato, vel non expressâ certâ caussâ, debitam petierit, *arg. d. §. si quis 11. Instit. de actionibus*. Cum si quasi ex contractu nominato debitam exegerit atque postulante adversario juraverit, permissum ei sit actionem ex illo contractu provenientem instituere, *d. l. si duo patroni 13. §. si quis 3. cum §§. seqq. D. de jurejurando.* Ut prætercam quod ad vim jurisjurandi non multum locus in quo defertur præstaturque conferre videatur, sed tota à religione & syncerâ divini numinis reverentiâ dependeat.

Præterea qui jusjurandum, etiam in re pecuniariâ, præstitum non servat, fustibus castigandus dimittitur cum hoc elogio προπετῶς μὴ ὄμνυε id est, *petulanter ne jurato*: ut est in *l. si duo patroni 13. §. ult. D. de jurejurando*, unde multo magis dicendum, quod jusjurandum efficacem obligationem pariat.

Huc omnino facit *l. sed & si servus 25. D. de jurejurando*, quæ non de alio jurejurando tractat, quam quod ante susceptum judicium delatum vel relatum fuit: verba legis hæc sunt: *Sed & si servus meus delato, vel relato ei jurejurando, juravit rem domini esse, vel ei dari oportere: puto dandam mihi actionem, vel pacti exceptionem, propter religionem & conventionem.* At servus in judicio nec defert nec refert jusjurandum: in quo à filiofamilias distat, *arg. l. multo magis 24. D. de jurejurando*, & si deferret vel referret, statim sequeretur sententia: neque ex eo ulterius ulla actio vel exceptio domino danda esset. Hæc itaque

itaque verba: *Puto dandam mihi actionem*, ad eum casum referrenda sunt, quo res ab eo, qui jusjurandum servo detulit vel retulit, possidetur: illa autem: *vel pacti exceptionem*, ad eum, quo res jam apud servum dominum-ve ejus est. Ratio decisionis est, quia ex conventione mutuâ sacramenti religio delata vel relata fuit: quod hæc verba volunt: *propter religionem & conventionem.* Accedunt *l. 1. & auth. sacramenta puberum Cod. si adversus venditionem.* quâ enim viâ inviolabiliter sacramenta puberum custodientur, si nulla ex iis obligatio efficax, nulla actio oriatur?

Porrò, qui stipulanti promittit, quin efficaciter obligetur, nullum dubium est, *l. 1. & tot. tit. D. de verb. obligat. prin. & §. 1. Instit. eod.* at longe magis fidem adstringit Jusjurandum. Hinc M. Tullius: *nullum vinculum ad adstringendam fidem jurejurando majores arctius esse voluerunt. lib. 3. Officiorum.* Si ex constituto obligatio efficax oriatur, quia grave est fidem fallere, *l. 1. D. de constituta pecunia.* quare ubi eadem ratio militat, non eadem quoque juris dispositio servabitur? *arg. l. illud 32. in prin D. ad legem Aquiliam l. lex. 4. D. de fundo dotali. l. si quis 7. §. 2. D. de Iurisdictione. l. 2. §. quid si 29. D. ad SC. Tertyllian.* Si ex omni conventione honestâ, quæ serio ac deliberato animo inita est, jure Romano obligatio oriatur, ut multis *lib. 1. Dubit. XXXI.* probatur, quare non ex jurejurando?

Nunquid æquum, fidem & quidem juratam servare? at quoties æquitas obligationem nasci & actionem decerni postulat, jus Romanum utramque largitur, *arg. l. pupillus 5. in prin. D. de auctoritate tutorum. l. placuit 8. Cod. de judiciis. l. hac lege 8. in fine. Cod. de dotis promissione. l. 1. in prin. D. de justitia & jure l. quod si 4. §. 1. in fine. D. de eo quod certo loco.* Si Jusjurandum jure divino efficacem obligationem pariat, *Numer. cap. 30. vers. 1. Iosue cap. 9. vers. 18. Ezechiel cap. 17. vers. 18. &*

 seqq.

ſeqq. Matthei cap. 5. 33. & ſeqq. Epiſt. ad Hebræos cap. 6. verſ. 16. quare non civili? cum hoc illud in iis omnibus, quæ ſub Euangelio durare voluit Deus, intactum relinquat, præſupponat ac imitetur: utpote ab eo, qui omnium Legumlatorum Rex atque Princeps eſt, ordinatum, *l. 1. & tot. tit. Cod. de ſumma trinitate & fide Catholica.* Non eſt veriſimile, quod, ſi hâc impietate jus civile contaminatum fuiſſet, ſacroſancti Antiſtites, qui in imperio Romano æternæ ſalutis hominum curam ſuſtinebant, eam non animadvertiſſent: præcipuè poſterioribus ſæculis, quibus & jus Canonicum condi cœpit. niſi quod hoc in duabus duntaxat ſingularibus facti ſpeciebus à jure civili recedat *cap. cum contingat* 28. *ext. Iurejurando & cap. quamvis. de Pactis lib. ſext.* de quibus capite proximo.

At Cuiacius non majorem vim jurijurando, quam nudo pacto, tribuit. *in parat. Cod. de Iurejurando ſive voluntario &c. & lib. 22. obſ. 7.* Adducit, *l. tutor* 35. *§. 1. D. de jurejurando.* Sed Reſp. in illis verbis: *ſive pro pacto convento,* non nudum pactum intelligi, ſed illud ex quo is, qui prodigus non eſt, efficaciter obligari poteſt: Senſus enim legis hic eſt: Jusjurandum nemo deferre poteſt niſi qui ad hoc idoneus eſt; at prodigus idoneus non eſt: quia nullius rei adminiſtratio ei conceſſa eſt; nullam poteſt conventionem ex quâ efficaciter obligaretur inire: nihil poteſt ipſe aliis ſolvere, vel ab aliis ipſi ſolvi: nullam etiam poteſt actionem ipſe adverſus alium movere vel ab alio motam excipere.

Allegat porrò *l. ſed etſi ſervus 25. D. de jurejurando,* ſed jam probavi eam mihi adſtipulari.

Fortius urget *l. ſi quis pro eo 56. in prin. D. de fidejuſſoribus.* Verba hæc ſunt: *Si quis pro eo, qui libertus non eſſet, & operas præſtaturam ſe juraſſet, fidejuſſor erit: non tenebitur.* Reſp. eum pro quo fidejuſſor intervenit, filiumfamilias eſſe, qui patri,

dum

dum ab eo emanciparetur, operas illas se præstaturum jurat, quas soli liberti cum manumittuntur patronis suis polliceri solent: quo casu filiusfamilias nequidem naturaliter obligatur; cum eæ operæ contra bonos mores & jus libertatis (quod naturale & quasi publicum est, *arg. l. Titio. 71. §. 2. D. de condit. & demonstrat.*) ab eo exigantur. In hanc rem est *l. patri 4. D. si à parente quis manumissus sit*, in verbis: *Patri qui filium emancipavit, de his quæ libertatis caussa imposita fuerint, prætor nihil edicit. & ideo frustra pater operas stipulabitur de filio.* Accedit *l. nullum 10. D. de obsequiis parentibus & patronis præst.* quæ sic se habet: *Nullum jus libertatis caussa impositorum habet in mancipato filio: quia nihil imponi liberis solet. nec quisquam dixit jurejurando obligari filium patri manumissori, ut libertum patrono. nam pietatem liberi parentibus, non operas debent.* Si itaque principalis obligatio ipso jure nulla sit, mirum non est fidejussorem non teneri, *arg. l. cum lex 46. D. de fidejussoribus*, cum enim obligatio fidejussoria sit accessoria, *l. si qui 34. D. de fidejussoribus*, requirit principalem cui adhæret, *arg. l. qui contra 11. D. eod. l. cum principalis 178. D. de reg. juris.*

Quod autem in specie *d. l. si quis pro eo 56. in prin. D. de fidejussoribus.* is qui juravit, filiusfamilias fuit, & non servus (ut vult Cujacius) ex eo patet, quod servus operas has promittens & jurans saltem naturali obligatione teneatur, *l. ult. in prin. D. de liberali caussa.* Deum enim ipse sciens prudens in fidem ac suæ promissionis testem invocat: neque hic eadem ratio militat, ob quam filiusfamilias, patri suo se operas præstaturum jurans, nequidem naturaliter obligatur. *d. l. patri 4. D. si à parente quis manumissus. l. nullum 10. D. de obsequiis parentibus & patronis &c.* Quapropter fidejussor pro servo intervenire & efficaciter obligari poterat *l. fidejussor, 16. §. fidejussor 3. D. de fidejussoribus. §. 1. Instit. eod.* Quod leges generaliter con-

stituunt

ſtituunt libertum jurare oportere, eumque efficaciter obligari, *l. ut jurisjurandi 7. in prin. l. ſi quando 8. D. de operis libertorum*, non illum ſenſum habet, quaſi alius nullus ex jurejurando obligetur, ſed quod non ſufficiat ſervum domino juraſſe, cum inter dominum & ſervum tantum obligatio naturalis oritur, ex quo agi cum effectu non poteſt; vel ſi fortè ſervus domino juraverit, debeat libertus factus, jusjurandum repetere, *l. ult. in prin. D. de liberali cauſſa.*

Porro adverſus hanc ſententiam nihil facit *l. Stichum 95. §. naturalis 4. D. de ſolutionibus*. nam cum ait: *ita juſto pacto*. minimè intelligit nudum: cum hoc obligationem ipſo jure non tollat, ſed ope exceptionis tantum, *l. ſi unus 27. §. pactus ne peteret 2. D. de pactis*. Et quid ſi intelligatur nudum pactum? comparatio duntaxat in diſſolvendâ non etiam introducendâ & conſtituendâ obligatione (de quâ ſolâ quæſtio eſt) conſiſtet. Quemadmodum in ſola obligationis diſſolutione comparatio verſatur, cujus fit mentio in *l. non ſolum 11. §. injuriarum 1. juncta l. lex Cornelia 5. §. hac lege 8. D. de injuriis, l. 1. verſ. quod ſi exiſtant. Cod. de naturalibus liberis*. Ut omittam, non ſtatim in omnibus comparari, quæ uno altero-ve caſu.

Nihil etiam obſtat *l. juriſgentium 7. §. & generaliter 16. D. de Pactis*. Quia jusjurandum in eâ pacto nudo non comparatur. tantum dicitur quod quotiens pactum contra bonos mores initum eſt, vel alioqui à jure communi remotum & improbatum, non poſſit jurejurando confirmari, *l. non dubium 5, Cod. de legibus*.

DU-

DUBITATIO XXIII.

An jusjurandum confirmet actum jure non validum?

Jusjurandum non poteſt confirmare actum jure non validum. quare *Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt, jusjurandum contra vim legum & auctoritatem juris in teſtamento ſcriptum nullius eſſe momenti. l. ſi quis inquilinos 112. §. fin. D. de legat. 1.* Et ita nullum pactum, nulla conventio, nullus contractus inter eos videtur ſubſequutus, qui contrahunt lege contrahere prohibente, hoc eſt, ut ea quæ lege fieri prohibentur; ſi fuerint facta, non ſolum inutilia, ſed pro infectis etiam habeantur: *Itaque certum eſt, nec ſtipulationem hujuſmodi tenere, nec mandatum ullius eſſe momenti, nec ſacramentum admitti. l. non dubium 5. Cod. de legibus.* Generaliter, *quoties pactum à jure communi remotum eſt, ſervari hoc non oportet, nec jusjurandum de hoc adactum. l. juriſgentium 7. §. & generaliter 16. D. de Pactis.* Et manifeſta ſpecies in *Novella 51. in fine princ.* in verbis: *non enim ſi quis ab aliquo jusjurandum acceperit quia occidet forſitan, aut adulterabitur, aut aliquid aget tale illicitum, oportet ſervari jusjurandum: utpote cum ſit ita turpe & illicitum, & ad perditionem ducens. Ideoque liceat mulieri, licet hujuſmodi juramentum juraverit, recedere à jurisjurandi hujus amaritudine, & caſtè vivere ſine periculo perjurii: magis autem Deo amabiliter pœna perjurii (ſi qua omnino eſt pœna) contra eum qui jusjurandum exigit, convertenda.*

Præterea Legum diſpoſitio & obſervatio juris publici ſunt, quod privati mutare nequeunt, *l. jus publicum 38. D. de Pactis.* mutarent autem, ſi ei propter jusjurandum derogare in totum vel ex parte illis liceret. Porrò, quia jusjurandum fit contra leges, pro non dicto aut ſcripto debet reputari, *arg. Nov. 61. c. 1. §. 4.* Ipſe Princeps, qui alioquin legibus ſolutus dicitur, *l. princeps*

31. D. de legibus. Nullum rescriptum, nullam pragmaticam sanctionem, nullam sacram annotationem, quæ generali juri vel utilitati publicæ adversa esse videtur, in disceptationem cujuslibet litigii proferri cupit, *l. ult. Cod. si contra jus vel utilitatem &c.* Quinimo si jusjurandum confirmaret actum lege non validum, unâ viâ concederetur quod aliâ non licet, contra *l. scire oportet 21. §. 1. D. de tutor. & curat. datis ab his l. cum hi. 8. §. si cum his 20. D. de transactionibus. l. heres meus 79. D. de condit. & demonstrat. cap. cum quid una. de reg. juris lib. sext.* & in maximum reipublicæ dispendium legibus fraus fieret, contra *l. si quis patremfam. 3. §. is autem 3. D. ad SC. Maced. l. qui testam 27. in fine. D. de Probationibus, l. cum quis 37. §. Titia. D. de legat. 3.* atque daretur accessorium sine principali, contra *§. fidejussores 5. Inst. de fidejussoribus.* Jusjurandum enim se habet per modum accessorii respectu actus cui adhibetur: actus autem contra vigorem legum institutus & celebratus ipso jure nullus est, *arg. §. pen. Instit. de nuptiis. l. si expressim 19. D. de appellationibus. l. non dubium 5. Cod. de legibus.* Insuper jusjurandum esset vinculum iniquitatis contra *cap. quanto 18. ext. de jurejurando.* cum enim leges summam in se æquitatem contineant, *arg. l. 1. l. 2. D. de legibus l. 1. D. de justitia & jure, cum similibus*, sequitur quod, manentibus iisdem circumstantiis personarum, loci, temporis &c. ipsis contrarium inducitur, iniquum esse debeat; & jusjurandum quod illud sustinet, vinculum iniquitatis sit. Ut non omittam quod jusjurandum in præjudicium tertii tendens non obliget. *arg. cap. cum contingat 28. ext. de jurejurando.* in verbis: *cum in alterius præjudicium non redundent.* uti etiam in *cap. quamvis 2. de Pactis lib. sext.* ubi ait: *nec redundet in alterius detrimentum.* sed illud quod leges ex justissimâ & necessariâ caussâ sancitas eludit & evertit, in præjudicium earum, nec non su-

premæ

premæ poteſtatis, cujus auctoritas tali modo labefactatur, tendit: uti etiam in præjudicium eorum quibus ex legibus jus quæſitum eſt, quod, cum contra eas juratur, jam eis adimitur. Inſuper Jusjurandum quod in æternæ ſalutis diſpendium redundat, minimè obligat, *d. cap. quamvis de Pactis lib. ſext.* at vix eſt, ut tale non ſit, quod cum contemptu ſupremæ poteſtatis, cui Deus nos ſubjecit & ex conſcientiâ parere juſſit, conjunctum eſt. *Apoſt. ad Rom. cap.* 13. *in prin.* Quinimo cum contemptu ipſius Dei: cum in teſtem vocatur ejus rei firmandæ gratiâ, quam per neceſſarias & honeſtas leges à magiſtratibus latas fieri vetuit: per Deum enim reges regnant & legum conditores juſta decernunt, *Proverb. cap.* 8. Præterea, ſi contraria opinio recipiatur, Pupilli & minores aliorum fraudibus inducti omnem ſuam ſubſtantiam, non interveniente auctoritate tutorum vel curatorum, inſinuatione, vel decreto, inter vivos donabunt & jurabunt.

Objicies *l.* 1. *Cod. ſi adverſus venditionem.* Reſp. loqui de Jurejurando quod negocio valido & firmo acceſſit. Quod ut palam fiat, legis verba ſubjiciam & ſingula brevibus exponam: *Si minor annis viginti quinque emptori prædii caviſti nullam de cætero te eſſe controverſiam facturum, idque etiam jurejurando corporaliter præſtito ſervare confirmaſti: neque perfidiæ neque perjurii me auctorem tibi futurum ſperare debuiſti.* Cum ait: *ſi minor* 25. vel cum intelligit, qui curatorem non habebat, juxta §. *item inviti.* 2. *Inſtit. de Curatoribus.* vel ſi curatorem habebat, ejus auctoritate interveniente ſeſe efficaciter obſtringebat. Alioquin ipſo jure tutus eſſet, nec in integrum reſtitutione ei opus fuiſſet, *l. in cauſſæ* 16. *in prin. D. de minoribus. l. Divus* 7. §. *ult. D. de in integrum reſtitut. tot. tit. Cod. & ibi DD. in quibus cauſis in integrum reſtitut. neceſſaria non eſt.* Subjicit: *emptori prædii caviſti,* non cui minor illud vendiderat, ita enim

ipſo jure tutus fuiſſet: cum cauſſæ cognitio & decretum magiſtratus intercedere debuiſſent, *l. lex quæ 22. Cod. de administrat. & periculo. tutorum. tot. tit. D. & Cod. de prædiis & aliis rebus minorum ſine decreto non alien.* ſed tertius aliquis, qui prædii verus dominus erat: prædium enim neque à minore poſſidebatur, neque ullo jure ad eum ſpectare conſtabat. Pergit: *nullam de cetero te controverſiam facturum*, Ideo *de cetero*, quia, aliquando venditori, aut etiam emptori prædii controverſiam minor moverat eo quod id ſuum eſſe crederet & aſſeveraret. Rectè ait *controverſiam*, non litem: hæc enim per judicialem duntaxat conteſtationem fit, *l. amplius 15. D. ratam rem haberi.* ſequuntur verba: *idque etiam jurejurando corporaliter præſtito.* Minor enim non per curatorem aut etiam procuratorem, ſed ipſe juraverat: vel tactis SS. Euangeliis, vel prioribus digitis elevatis, vel manu pectori admotâ. Non quod ſimplici voce jusjurandum non æque reverenter fiat; ſed quod externa illa fidem aliquo modo (ſaltem apud homines) augeant, veritatemque jurisjurandi arguant.

Dicit: *ſervare confirmaſti.* Nam jusjurandum cautionem corroborabat: non quod hæc abſque illo infirma erat, minorem-ve non obſtringebat, ſed quod læſus in integrum reſtitutionem petere poterat, *l. ſi curatorem 3. Cod. de in integrum reſtitut. minorum tot. tit. D. de minoribus.* Subjicit: *neque perfidiæ neque perjurii me auctorem tibi futurum ſperare debuiſti.* Imperator ergo propter jusjurandum præſtitum in integrum reſtituitonem denegat; idque, quia æquum non eſt, aliquem principali auctoritate circumſcribi, *l. 1. Cod. de his qui veniam ætatis &c.* Jus emptori quæſitum invito auferri incertum-ve reddi. *arg. §. ult. Inſtit. de his qui ſui vel alieni juris ſunt.* Et minorem Deo, de obligatione Deo quaſi quæſitâ, diſponere.

Objicies Authenticam *ſacramenta Puberum. Cod. ſi adverſus vendi-*

venditionem. Resp. eam etiam de sacramentis, quæ negociis validis ac firmis accessère, tractare: Illa enim verba: *super contractibus*, de quibuscumq; conventionibus, quibus puberes minores 25. annis efficaciter obligantur, intelligenda sunt. Quod sequitur: *rerũ suarum &c.* generaliter accipio de omni negocio, quod quolibet modo ad minores spectat. Vel si de rebus, quarum dominium minoribus competit, intelligere velis: dicam hoc de rebus mobilibus simpliciter; de immobilibus aliis-ve preciosis non nisi interveniente magistratus decreto procedere, *arg. d. l. lex quæ 22. Cod. de administrat. & peric. tutor. tot. tit. D. & Cod. de prædiis & aliis rebus minorum &c.* cum retractari contractus per in integrum restitutionem non debuissent, qui ipso jure nulli essent, *d. l. in caussæ. 16. in prin. D. de minoribus. l. Divus 7. §. ult. D. de in integrum restitut. tot. tit. Cod. in quibus caussis in integrum restitut. &c.* ait enim: *non retractandis.*

Oppones jusjurandum quod Josue & Israëlitici populi Primores Gabaonitis præstiterunt, *Iosue cap. 9.* Resp. legem divinam, cum internecioni incolas terræ promissionis devovebat, rectè in eâ internecione salvari, quâ, deditione factâ, in Israëlitici populi jus & imperium delati, quasi delerentur: ut Gabaonitis contigit. Quod autem & sic intellexerit Deus, nec quidquam adversus ejus legem juratum fuerit, patet ex eo, quod de illius sacramenti violatione graves pœnas sumpsit, *Samuel lib. 2. cap. 21. vers. 6.* Quapropter Salomon Cananæorum reliquias accepto tributo, ut secundum jus naturæ sanguini parceret, sibi subjecit *lib. 1. Reg. cap. 9. vers. 20. & seq.*

Ex his facilè apparet minus rectè eos sentire, qui per authenticam *sacramenta puberum. Cod. si adversus venditionem*, abrogatam putant legem *non dubium 5. Cod. de legibus:* uti etiam legem *si quis inquilinos 112. §. ult D. de legatis 1. cum similibus.* Nam abrogationem illam non facilè tribuent legi. 1. *Cod. si*

adversus venditionem: cum ea sit Alexandri Imp. & ita anterior lege *Non dubium* 5. *Cod. de legibus*, quæ est Valentiniani & Theodosii Impp. Atqui nihil aliud per authenticam *sacramenta puberum* inductum fuit, quam jam per legem primam sancitum erat: uti ex collatione expositionis utriusque jam allatâ facilè constat. Neque obstat quod authentica dicat, *sacramenta puberum*. Nam etiam pubes Florentius erat, ad quem directa est lex prima: miles enim erat, uti ex inscriptione constat. Quod ait lex prima: *corporaliter præstito*, ad jurandi modum, non autem juris effectum vel differentiam spectat, cum omnes corporaliter jurare solebant. Præterea leges *non dubium* 5. *Cod. de legibus. l. si quis inquilinos* 112. *§. ult. D. de legatis* 4. *cum similibus* ex iis juris fundamentis petitæ sunt, quæ sine manifesto scelere correctionem non patiuntur; uti ex argumentis, quæ eis supra subjecimus, manifestum est. Ut mittam authenticam *sacramentum puberum*: Frederici Imp. esse, ac auctoritate Irnerii, hominis privati, ociosè Codici insertam. Abunde lex prima sufficiebat, atque (quod ad secundam authenticæ partem attinet) satis expediti juris est, ea, quæ per vim aut justum metum extorta sunt, nullius momenti esse. *tot. tit. D. & Cod. De his quæ vi metus-ve &c. & de dolo malo.*

Quod quidam dicebat jusjurandum ex jure divino vim confirmandi ejus quod legibus prohibitum & invalidum est habere, falsum est: & si haberet, non sine crimine multarum civitatum atque rerumpublicarum municipalibus legibus authentica *sacramenta puberum* (intellecta ut vulgus cupit) abrogata esset. Jure divino nihil aliud cavetur, quam quod Jusjurandum religiose servandum sit: quod & naturalis ratio & omnium populorum scita dictitant; neque unquam ab ullo in dubium vocatum fuit.

Oppones *cap. quamvis. de pactis lib. sext.* Resp. negotium, de

de quo in ſpecie interrogatus Pontifex, reſpondit, conſiſtebat: uti *lib.* 1. *Dubitat.* 42. dixi.

Eodem pene modo reſpondeo *ad cap. cum contingat* 28. *ext. de jurejurando.* Quamvis enim jure civili alienatio dotalis prædii regulariter prohibita ſit, *prin. Inſtit. quibus alienare licet vel non. l.* 3. 4. 13. *D. de fundo dotali l. unic.* §. *& cum lex* 15. *Cod. de rei uxoriæ actione.* uti etiam canonico, *arg. cap.* 2. *ext. de novi operis nuntiatione. & d. cap. cum contingat.* 28. *ext. de jurejurando:* ſubinde tamen alienatio valet, *arg. l.* 1. *in prin. D. de fundo dotali. l.* 2. *Cod. eod.* Quinimo evenire poteſt, ut, licet ſtricto & ſubtili jure inſpecto alienatio non conſiſtat; ex æquitate tamen (quæ maximè ſemper attendenda, *l. placuit* 8. *Cod. de Iudiciis*) ſuſtineri debeat: uti in caſu Pontifici propoſito. Ex eo enim quod ait: *ne tali tamen prætextu viam contingat perjuriis aperiri, mulieres ipſæ ſervare debent hujuſmodi juramenta ſine vi & dolo ſponte præſtita*, colligendum eſt, jusjurandum ſuper negocio, quod ſaltem æquitate inſpectâ conſiſtebat, interpoſitum fuiſſe: nam perjurii reus non cenſetur, qui Jusjurandum ſuper illegitimo & juſtis legibus reprobato negotio præſtitum non ſervat: Præterea fraudem nullam legi Juliæ quæſitam fuiſſe; alioquin dolo vel mariti vel emptoris præſtitum à muliere jus jurandum fuiſſet: deinde palam venditionem factam juſtumque pretium ab emptore exſolutum fuiſſe, converſum forte in mulieris ſolius utilitatem: Ecquis dicet ſi bonâ fide omnia hæc geſta ſint, ſacramentumque mulieris acceſſerit, ex ſtricto & ſubtili juris ratione, quæ adhuc militare videtur, hæc retractari ullo jure poſſe?

DUBITATIO XXIV.

An Iusjurandum ab ullo ſuperiore remitti poßit? & quando?

CUm quæritur: An jusjurandum ab ullo ſuperiore remitti poſſit? & quando? Diſtinguo: vel jusjurandum ritè ac ſolemniter de re honeſtâ & licitâ præſtitum eſt, producitque efficacem obligationem: vel ex manifeſto & in omnium, etiam imperitorum, oculos ſe ingerente vitio, obligatorium non eſt: vel obligatorium quidem non eſt ſed tamen dubitare quis, ſaltem idiota, poteſt. Primo caſu à nullo ſuperiore remiſſio vel relaxatio jurisjurandi ſine ſcelere peti vel impetrari poteſt: uti enim perfidia eſt datam fidem, ita perjurium juratam fallere, cujus auctor Princeps fieri non debet, *arg. l. 1. Cod. ſi adverſus venditionem.* Satis profectò inverecundum eſt aliquem auctoritate principali circumveniri, *l. 1. Cod. de his qui veniam ætatis.* uti & impium, velle Deum, per quem jusjurandum præſtitum eſt, teſtem mendacii tantæque indevotionis conſtituere, & obligationem Deo, ſiquidem ei juratum ſit, quæſitam auſu nefario diſſolvere: vel ſi tertio alicui, jus tam efficiter ei quæſitum nullâ neceſſitate vel utilitate urgente invito adimere: Præterea rem religioſiſſimam, ſacratiſſimumque negociorum omnium firmamentum, violare.

Enimvero ſi quis cum principe vel etiam ullo alio, contraxit, initumque negocium jurejurando confirmavit, poteſt videri remiſſio vel relaxatio jurisjurandi fieri, ſi remittatur propter quod obligatio contracta eſt: Jusjurandum enim ſe habet per modum acceſſorii reſpectu negocii cui accedit; proinde eo ſublato & ipſum quoque tollitur. unde ſi Princeps imperio abierit, illud-ve reſignaverit, vel etiam ſi juſtiſſima ex cauſſa eo exciderit, ſubditi ſacramento ſolvuntur. Præterea

terea si utilitas vel necessitas publica emergat, quæ tempore celebrati negocii juratò initi non aderat, potest Princeps negotium irritare, & sic jurantem sacramento quasi liberare.

Secundo casu remissionem vel relaxationem jurisjurandi petere vel concedere necesse non est, *arg. cap. non est obligatorium. De regulis juris lib. sext.* Melius enim est pejerare, (si perjurium omnino sit) quam promissum solvere maleficio & scelus sceleri accumulare. hinc Ambrosius de Herode: *Saltatrici præmium turpiter promisit, crudeliter solvit.* Et Justinianus: *Sunt prævaricationes quæ magis Deo placent, quam accuratæ juramentorum observationes. Novell. 51.* & pulcre decretum in Concilio Ilerdensi & Toletano VIII. *Qui jurat se nunquam cum adversario in gratiam rediturum, pro sacramento admittit perjurium.* uti refert Ærodius *rer. Iudicat. lib. 4. tit. 17. cap. ult.* unde impia dicitur promissio, quæ scelere impletur, *c. in malis 22. quæst. 4. arg. cap. quanto 18. ext. de jurejurando.*

Tertio casu propter auctoritatem majestatemque jurisjurandi tutius est supremam potestatem adire; ne incognitâ caussâ illud violari, aut aliquem perjurii reum ab ullo haberi contingat, qui jusjurandum, quo revera non tenebatur, non servavit. Non quidem ut revera remissio vel relaxatio jurisjurandi fiat, sed verius interpretatio, *arg. cap. quanto 10. ext. de jurejurando.* Ex hâc caussâ provenit quod Impp. Antoninus & Verus *in l. ult. D. ad municipalem* rescripserunt: *gratiam se facere jurisjurandi ei, qui juraverat se ordini non interfuturum, & postea duumvir creatus est.* Et rectè: hoc enim jusjurandum nullius momenti erat; utpote contra utilitatem Reipublicæ, cui magis quam nobis nascimur, præstitum. præterea cum aliquo crimine conjunctum erat: nam sine justâ caussâ magistratum detrectare non solum turpe est, sed etiam gravi reprehensioni obnoxium: est enim boni viri (ut scitè à Catone dictum est) administrationem reipublicæ, si qui eo uti

 velint

velint, non suffugere. hac de caussâ Imperatores ajunt, *gratiam se facere Iurisjurandi.* Præterea Tiberius equiti Romano permisit, uxorem ut in stupro generi compertam dimitteret, quam se nunquam repudiaturum verbis conceptis juraverat: non enim de eâ caussâ cogitatum videtur, qua uxor ad delinquendum impunè provocaretur & jus civile impugnaretur; quinimo subintellecta conditio: *Si in lege conjugii uxor non peccaret.* Hoc amplius religioni maritus stando invitus adversus legem Juliam committeret, quæ deprehensam in adulterio retineri vetat. Præterea non potest inter conjuges pacto conveniri: *ne de moribus agatur*, ne privatâ pactione publica coërcitio tollatur; itaque nec jurejurando confirmari. Sed ob sacramenti religionem, & quia dubitare aliquis poterat, Tiberius maluit gratiam jurisjurandi impetrari (inquit Suetonius *in Tiberio*) quam privatim id incognitâ caussâ violari. Hoc eodem sensu procedit, quod est in *l. ult. D. qui satisdare coguntur* in verbis: *qui jurato promisit judicio sisti, non videtur pejerasse, si ex concessâ caussâ hoc deseruerit.* Concessa autem caussa est, si veniat quidem, sed in itinere vi eximatur: ad principem evocetur: ad sistendum hostem emittatur: tempestate, adversa valetudine, alio-ve infortunio impediatur. Accedit *l. 1. §. 1. Cod. qui militare possunt lib. 12.* ubi Impp. Severus & Antoninus: *Non autem ignoratis, eos, qui litis caussâ militiam appetierint, postulantibus adversariis solvi sacramento solere.* Solvuntur enim sacramento ex eo quod Princeps jus per sacramentum sibi quæsitum remittat (juri etenim quisque suo renuntiare potest *l. pen. Cod. de pactis*) cumque jusjurandum sese per modum accessorii respectu illius juris habeat, sequitur, quod hoc sublato & illud corruat. Nec longe abit *l. adigere 6. D. de jure patronatus* cum dicit: *lege Iulia de maritandis ordinibus permittitur jusjurandum, quod liberto in hoc impositum est, ne uxorem duxerit,*

rit,

rit, libertæ ne nuberet, ſi modo nuptias contrahere rectè velint. Nam cum lex julia juſtas nuptias frequentari è republicâ putavit, eas contrahere libertus volens vi jurisjurandi impediri non debuit, utpote quod in damnum reipubl. exactum & præſtitum eſt. Porro reprobata eſt jurisjurandi conditio inſerta ultimis voluntatibus, idque ob graves rationes relatas *in l. quæ ſub conditione 8. in prin. D. de condit. Inſtit.* ideo *de hoc jurejurando remittendo non eſt neceſſe adire Prætorem. ſemel enim in perpetuum à Prætore remiſſum eſt. d. l. quæ ſub conditione 8. §. ult.* Præterea Fauſtinianus, cum juraſſet per ſalutem Principis: *ſervo ſuo ſe perpetuò iratum fore*, jusjurandum nullius momenti erat: ſed quia videri poterat majeſtatem Principis aliquatenus imminuiſſe, quod temerè eam uſurpaſſet, tutius putavit veniam impetrare, *l. 2. Cod. ad legem Iuliam Majeſtatis.* Præterea cum Licinius Craſſus prætor creatus eſſet, &, ne in citeriorem Hiſpaniam mitteretur, cauſſatus fuiſſet ſe ſacrificiis ſolemnibus impediri. ſtato loco, ſtatiſque diebus ſacrificia habere quæ abſente ſe rectè fieri non poſſent. Is aut ire juſſus, aut jurare pro concione *Solemni ſacrificio ſe prohiberi.* Juravit. Cum verò paulò poſt accidiſſet, ut idem Licinius Conſul factus eſſet cum Caſſio Longino, dicebat Caſſius ſe Macedoniam ſine ſorte oppugnaturum. non poſſe enim collegam ſalvo jurejurando ſortiri ſecum. Prætorem eum, ne in provinciam iret, in concione juraſſe, ſe ſacrificio prohiberi. non minus prohiberi Conſulem. Licinius contra: non ſemper durare eandem excuſationem: & ſi duret, quando velit licere ea non uti. Conſulti patres, cui populus Rom. Conſulatum non negaſſet, ab ſe provinciam negari ſuperbum rati: ſortiri Conſules juſſerunt, inquit Livius. vide Ærodium *lib. 2. rer. judicat. tit. 9. c. 21.*

Huc referendum quoque *cap. venerabilem 34. ſub finem verſ. Idem etiam. ext. de Electione.* in verbis: *Nec valet ad ple-*

nam excuſationem ipſius ſi juramentum illud dicatur illicitum; cum nihilominus ſuper eo vos prius conſulere debuiſſet, quam contra ipſum propriâ temeritate venire. Accedit *cap. Debitores 6. ext. de jurejurando*: cum enim principalis obligatio non ſubſiſtebat, nec Jusjurandum quod ei acceſſerat, ullius momenti erat: ſed quia de vi & efficacia ejus dubitare aliquis poterat, tutius & ęquius fuit ſuperiorem poteſtatem interpellari, quam illud privatim incognitâ cauſſâ negligi.

Hiſce omnibus ita expoſitis facilè conſtat jus civile Romanorum neque iniquitatis neque paganiſmi hac in parte inſimulandum eſſe, nec à jure Canonico diſcrepare. Si quis objiciat non amplius Imperatoribus aliis-ve magiſtratibus, ſed ſolis Eccleſiæ præſulibus poteſtatem hanc deferendam eſſe, propterea quod in *d. cap. venerabilem 34. ſub finem ext. de Electione* hæc verba reperiantur: *Vtrum verò dictum juramentum ſit licitum vel illicitum, & ideo ſervandum, an non ſervandum extiterit, nemo ſanæ mentis ignorat ad noſtrum judicium pertinere.* uti etiam *in cap. novit. 13. ſub finem ext. de Iudiciis*, hæc quæ ſequuntur: *Nunquid non poterimus de juramenti religione cognoſcere, quod ad Iudicium Eccleſiæ non eſt dubium pertinere?* nec non *in cap. ult. de foro competenti lib. ſext.* ubi inter alia: *Ipſum coram eccleſiaſtico Iudice (ad cujus formam ratione juramenti, Eccleſiæ hujuſmodi cognitio noſcitur pertinere.* Reſpondebo ut alia præteream de quibus videri poſſunt Felinus *cap. 1. ext. de jurejurando num. 21.* Panorm. *ad d. cap. 1. num. 3. & ſeqq.* Guido *Papæ deciſ. 178. & de cap. 194.* Accurſius *ad l. adigere 6. D. de jure patronatus* Andreas Gail *lib. 1. obſ. 25. per totam* ante hoſce textus (qui quinque, &, quod excurrit, ſeculis poſt jus Romanum prodierunt) nullum dari in quo Eccleſiæ præſides hanc ſibi poteſtatem attribuerunt: ita ut nihil juri civili, quod veteribus veſtigiis & nunquam in dubium vocatis inſtitit, imputari poſſit.

DUBITATIO XXV.

Num ulla jure Civili sit pœna perjurii in Deum commissi.

PErjurii in Deum commissi Jure Civili aliquam pœnam esse, ex eo probatur, quod perjurium in Principem commissum à legibus puniatur, *l. si duo 13. §. ult. D. de jurejurando.* at longè gravius est æternam quam temporalem offendere majestatem. *Auth. Gazaros Cod. de hæreticis & Manichæis c. vergentis 10. ext. de hæreticis.* Quod blasphemia solum Deum irritet; & tamen legibus vindicetur, *Novell. 77. cap. 7.* Quod perjurii pœnæ mentio fiat in *l. nam sufficit 22. D. de dolo malo* & perjuria legibus puniri dicantur, *l. ambiguitates 2. in fine Cod. de indicta viduitate tollend.* Proculdubio infamiâ, *l. si quis major 41. Cod. de transact.* præter infamiam, nonnunquam dignitatis privatione, *l. pen. Cod. de dignitatibus.* fustium castigatione cum hoc elogio προπετῶς μὴ ὄμνυε, id est, *petulanter ne jurato.* nonnunquam exilio, *l. ult. D. stellionatus.* Quod enim Glossa, Cujacius aliique ibi non perjurium, sed solum stellionatum puniri ajunt, falsum est: Licet enim stellionatus committatur, cum debitor sine jurejurando affirmat falsò sua pignora esse, *l. 1. in fine D. de pignorat. action. l. 2. Cod. de Crimine stellionatus,* non tamen æque graviter puniri debet, ac cum pejerat: alioquin debitor qui sua pignora esse sine jurejurando falsò affirmat, exilio quoque multaretur. Ita ut verum maneat in *d. l. ult. D. stellionatus* puniri stellionatum cum perjurio: Ergo etiam perjurium. Hæc opinio præterquam juri Romano dignitatem suam servet: sacris literis & honestati maxime consentanea est, *Iosue cap. 9. vers. 15. 2. Samuel. cap. 21. vers. 6. & seqq.*

Objicies *l. Iurisjurandi 2. Cod. de rebus creditis,* ubi dicitur: *Iurisjurandi contempta religio satis Deum ultorem habet &c.*

Resp. leges Codicis rescripta quædam esse ad casus & quæstiones propositas: Casus erat, quo quis pejerasset: Quæstio, an ex eo reus criminis læsæ majestatis, ac proinde reus mortis esset: responsio, quod non sit: sed satis Deum ultorem habeat; non ut ab omni pœnâ perjurus immunis sit; sed eâ saltem, de quâ proposita erat quæstio. Hanc sententiam confirmat quoque *l.2. Cod. ad legem Iuliam majestatis*, ad quam eodem etiam modo respondeo. uti etiam ad dictum Tiberii apud Tacitum: Deorum nempe injurias diis curæ esse: quippe, qui de pœna criminis læsæ majestatis etiam consultus erat. Vel dicam in utrâque lege de perjurio non consultò & præmeditato consilio sed calore iracundiæ commisso agi, *d. l.2. Cod. de rebus creditis l. 2. Cod. de ad leg. Iuliam majestat.*

Objicies quod injuria hæc soli Deo fiat, qui propterea solus injuriæ suæ vindex esse debet. Resp. hoc non sequi: uti patet ex blasphemiâ, *Novell. 77. cap.7.* de qua supra. Ad hæc præter injuriam Deo illatam homines quoque scandalo affici.

Objicies quod iniquum sit de perjurio quæri, *§.æquè 4. Instit. de exceptionibus l. 1. Cod. de rebus creditis l. quod si deferente* 21. *D. dolo malo.* Resp. hoc verum esse quod attinet ad negocium super quo juratum est, cum de eo inter partes delato jurejurando quasi transactum sit. *d. l. quod si deferente 71. D. de dolo malo & arg. l. 2. D. de jurejurando.* nisi aliud convenerit: nempe, ut, si pejeretur, de perjurio agi liceat, *l. 1. Cod. de rebus creditis*, non autem quod ad infamiam aliamque extra ordinem inferendam pœnam attinet; maximè quia Reipublicæ interest ne delicta præcipuè graviora (quale etiam perjurium est,) impunita maneant, *l. ita vulneratus 51. D. ad legem Aquiliam: arg. l. servus 20. §. 1. D. de dolo malo l. si fidejussor. 39. §. in omnibus 5. D. mandati.*

DU-

DUBITATIO XXVI.

An is, qui se soluturum juravit, compensare poßit?

DEbitor, qui se soluturum jurat, compensare potest. Nam solvisse censetur, non solum qui quantitatem debitam annumeravit; sed omnem omninò, qui ab ipsâ obligatione liberatus est, *l. si se non 4. §. solvisse 7. D. de re judicata.* liberatus autem est qui compensat, *l. si ambo 10. in fine prin. D. de compensat.* dat enim qui compensat, *l. vel permutavit 19. D. de liberali caussa. l. dedisse 76. D. de verbor. signif.* & quidem ex eo tempore quo incepit vicissim aliquid deberi, *l. si constat 4. Cod. de Compensat. l. posteaquam 21. D. eod.* ita ut frustra petatur solutio, ubi amplius nihil debetur. Præterea cum jusjurandum extra intentionem ejus qui juravit nihil operari debeat; verisimile non est debitorem ei solvere voluisse, cui debere desiisset: aut creditorem ex suâ nequitiâ lucrum reportare; cum dolo facit, qui petit id, quod mox restituere debet, *l. dolo 8. D. de doli mali & metus exceptione.*

Objicies quod jusjurandum in specificâ formâ impleri debeat. Resp. etiam conditionem præcisè, & non per æquipollens, impleri debere, *l. Mævius 55. l. qui heredi 44. D. de condit. & demonstrat.* eo tamen non obstante conditioni solvendi compensationem satisfacere, *l. si peculium 20. §. quod si heredi. D. de statuliberis. arg. l. Iulianus 45. D. de condit. & demonstrat.* Deinde actualem annumerationem (quæ hoc casu specifica forma videtur) respectu debiti accidens esse; quod sublatâ principali re amplius consistere non potest. At dices per Jusjurandum sustineri. Resp. Jusjurandum solutionem debiti determinare; nostro autem casu, propter compensationem, nullum amplius debitum esse. Denique Jusjurandum, quod & ipsum

ipſum hoc loco accidens eſt, aliud accidens (præciſam nempe annumerationem) ſine ullo ſubjecto (utpote ſublato per compenſationem debito) ſuſtinere non poſſe.

Oppones *cap. ad noſtram 7. ext. de jurejurando.* Reſp. quod ſi creditor tantundem ex fructibus rerum oppignoratarum (deductis expenſis) percepiſſet, quantum ipſi ratione ſortis debebatur, Jusjurandum de ſolvendo per illam fructuum imputationem in ſortem impletum fuiſſet. at tantundem non perceperat. quare mirum videri non debet, quod pignora ipſi reſtituenda erant. Quod autem dicat textus debitores prius ad ſolvendum, deinde creditorem ad inferendum fructos quos ex prædiis pignoratis percepit conſtringendos eſſe; compenſationem, ſi eâ debitores uti velint, non excludere: idque per ea quæ ante dicta ſunt.

Oppones *cap. pervenit 2. ext. de jurejurando.* neminem ſcilicet (ita enim colligunt) Jusjurandum mutare poſſe. Reſp. noſtro caſu id non contingere: cum nihil interſit, ſolverit quis an compenſaverit.

DUBITATIO XXVII.

An debitum naturale cum eo quod naturaliter & civiliter debetur, compenſari poſſit?

INiquum eſt naturalis debiti, cum eo quod naturaliter & civiliter debetur, compenſationem admittere; neque hac labe jus Romanum laborat. Compenſatio enim eſt quaſi ſolutio & pro concurrente quantitate plena ſatisfactio, *l. ſi ſe 4. §. ſolviſſe 7. D. de re judicata l. ſi ambo 10. in fine prin. D. de compenſat. l. ſi debitor. 4. D. qui potiores in pignore l. 19. D. de liberali cauſſa l. 76. D. de verb. ſignif. l. 4. Cod. de compenſat.* at non plenè ſatisfacit, qui ei cui centum aureos ex naturali ſimul & civili

civili obligatione debet; veluti ex empto, conducto, mutuo &c. compensationem similis quantitatis naturaliter tantum sibi debitæ obtrudit: veluti ex testamento minus solemni, *arg. l. in testamento 38. D. de fideicom. libertat. l. 2. Cod. de fideicom.* aut ex obligatione per præscriptionem elisâ, *arg. l. 3. & 4. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor. juncto prin. Instit. de usucap. & longi temp. &c.* Quid absurdius quam compensationem admittere ejus quod pupillo, qui interveniente auctoritate tutoris sui contraxit, debetur, cum eo quod non interveniente tutoris auctoritate ex ætatis & judicii imbecillitate alicui promisit? aut obligationem qua quis naturaliter mihi obstrictus est ei cedere, qui eidem naturali & civili obligatione tenetur; atque ita per indirectum extorquere quod directè non possum? Addo quod compensatio sit debiti & crediti inter se contributio, *l. 1. D. de compensationibus.* ac proinde æquale utrinque debitum & creditum intelligatur: cum determinatio respiciens plura determinabilia æqualiter determinet, *DD. per l. jam hoc jure 4. D. de vulgar. & pupill.* Denique ex naturali obligatione nulla nascitur actio; at qui compensatione utitur, vicissim petit & agit, *arg. l. amplius non peti 15. D. rem ratam haberi.* Nec video qui debitum dici possit quod ex pudore duntaxat naturali debetur, & non juris vinculo quo necessitate solvendi adstringimur secundum nostræ civitatis jura, *contra prin. Instit. de obligat.* quod inquam, si aliquis petat, per exceptionem, saltem latè & in genere acceptam, removeri potest. Hinc nihil interesse dicitur, an quis nullam actionem ipso jure habeat; an verò eam habeat, quæ per exceptionem summoveri potest, *l. nihil interest 112. D. de reg. juris.* nec creditor censeatur, qui metu perpetuæ exceptionis exigere non potest, quod ipsi debetur, *l. creditores 10. & l. seq. l. 55. l. 108. D. de verb. signif.* Quare cautum est, ut quæcunque per exceptionem perimi

possunt, in compensationem non veniant, *l. quæcunque 14. D. de Compensationibus*. Dices forsitan *d. l. quæcunque* 14. non de eo quod naturaliter, sed quod civiliter tantùm debetur, loqui: quod exceptio sit actionis exclusio, *l. 2. D. de exceptionibus*, naturale autem debitum exigi non possit; ac proinde nec per exceptionem perimi. Resp. neque civile debitum cum naturali & civili simul compensari, neque naturale. Et quamvis hoc per exceptionem strictè dictam perimi non dicatur; perimitur tamen per exceptionem latè dictam, quæ facti & intentionis à nostris Interpretibus appellatur, *Glossa ad l. 2. Cod. de remissione pignoris. Iason in l. qui se debere 7. D. de condict. caus. data col. 2. Zasius in l. 2. D. de except. n. 7.*

Porrò verus debitor, si Judicis sententiâ absolutus sit, nihilominus naturaliter obligatus manet: & si neglectâ exceptione rei judicatæ solverit, nec repetit, nec cum eo quod ex alia caussa naturaliter & civiliter debet, compensat, *l. ex caussa 2. Cod. de Compensat.* Itaque quod solutum non repetitur, illud etiam in compensationem deduci nequit, *d. l. ex caussa* 2. at quod naturaliter debetur, si solutum fuerit, non repetitur, *l. naturaliter 13. cum l. seq. D. de condict. indebit.*

Objicies *l. etiam 6. D. de compensat.* ubi Ulpianus: *etiam quod natura debetur venit in compensationem*. Resp. textum restringi debere ad speciale illud naturale debitum, quod institutâ actione peti & ut quodvis naturale & civile debitum ab invito extorqueri potest; uti est, quo pupillus infante major, qui non interveniente auctoritate tutoris sui contraxit & locupletior factus est, tenetur, *l. pupillus 5. in prin. D. de auctoritate & consensu tutor.*

Objicies *l. si peculium 6. §. sicut 4. D. de peculio legato*. Resp. etiam hoc loco de illo speciali debito naturali, quod institutâ actione peti exigique vel ab invito potest, agi. Quia cum ser-

vo peculium legatur, licet non id ei concedatur, ut petitionem habeat pecuniæ quam in rationes domini impendit; attamen si domini voluntas fuerit ut peteret, petet & vel ab invitis heredibus consequetur; ita tamen ut si quid servus vicissim domino suo debeat, illud cum eo quod in rationes dominicas servus impendit compensetur; quasi ex priori voluntate & hoc dominum sensisse abundè constaret; præcipuè, quia debitum quo servus domino tenetur, peti exigique ab eo possit; & multo magis ab heredibus, peculium servo ex caussâ legati præstantibus, deduci.

Objicies *l. ait prætor 3. §. pupillus* 4. *D. de negociis gestis.* Resp. de eodem naturali debito quod vim & effectum naturalis & civilis debiti sortitur, hoc loco tractari: pupillus enim quatenus locupletior factus est, æquè tenetur, & ut alius ullus qui firmissimo modo obligatus est conveniri potest, *d.l. pupillus 5. in prin. D. de auctoritat. & consensu tutor.*

Dices, quod naturaliter debetur, si non exigi, saltem retineri posset: compensatio autem quædam retentio sit. Resp. retineri posse, cum quasi debitum ab eo solutum est, qui eo nomine se obstrictum esse credebat, *arg. l. 2. Cod. de fideicommissis.* Denique compensationem operari retentionem, cum jure facta est; non autem jure fit debiti naturalis ex unâ parte, & naturalis ac civilis simul ex alterâ.

DUBITATIO XXVIII.

An permissum sit contrahentibus se invicem circumscribere?

Contrahentibus permissum non est se dolo malo circumscribere: sed si dolus caussam contractui, præcipue bonæ fidei, dederit, contractus ipso jure nullus redditur, *l. & eleganter 7. in prin. D. de dolo malo. l. ea verò 3. §. ult. D. pro socio.*

si inciderit in contractum, per ipsum contractum purgatur, *d.l. & eleganter 7. §. non solum 3. D. de dolo malo. l. 13. §. si venditor. 4. D. de action. empt.* qualiscunque sit læsio quæ per dolum contigit, dolus enim auctori suo prodesse non debet, *l. non fraudantur 134. §. 1. D. de reg. juris. l. eam quæ 21. D. de liberali causs. l. 1. §. 1. D. de doli except.* nec alteri nocere, *l. factum 155. D. de reg. juris. l. 2. & 3. §. 1. D. de tributor. action. l. 3. & 4. D. quando ex facto tutor.* At sine dolo permissum est. & hoc est quod voluit *l. in caussæ 16. §. 4. D. de minoribus*, cum ait: *in pretio emptionis & venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.* Naturaliter, id est, sine dolo malo tam ex naturâ contractus, quam consuetudine ex communi rationis usu apud omnes gentes receptâ. Dixi: sine dolo malo: nam naturaliter licere dolo malo contrahentibus invicem defraudare falsum est; cum propter ea quæ jam de dolo ex jure civili præmisi, tum quæ ex divino *Levit. 19. vers. 13. & 25. vers. 14. & 17. Apost. 1. Thess. 4. vers. 6.* & naturali addi possunt, *arg. §. 3. Instit. de Iustit. & jure.* ac semper ea affectanda sit interpretatio quæ vitio caret, *l. in ambigua 19. D. de legibus.* Dixi: sine dolo malo, tam ex naturâ contractus, quam consuetudine &c. Quod probant primum *l. item de precio 22. §. ult. D. locati*, cum ait: *Quemadmodum in emendo & vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere, ita in conductionibus & locationibus idem juris est.* Denique longe clarius *l. si voluntate 8. Cod. de rescind. vendit.* in verbis: *quod si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiã; & quod emptor viliore comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes, ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo, quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiunt precium. profecto prospiceres neque bonam fidem,*

dem, quæ emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere reſcindi propter hoc conſenſu finitum contractum. Accedit auctoritas juris Canonici *c. cum dilecti* 3. *c. cum cauſſa* 6. *ext. de empt. vendit.* quo emptio-venditio bona fide abſque dolo malo inita non niſi ob enormem læſionem reſcinditur; quemadmodum & hoc jure civili proditum eſt, *l.* 2. *Cod. de reſcind. vendit.* Concordant D. Thomas 2.2. *quæſt.* 77. *art.* 1. Navarrus *in c. qualitas de pœnitent. Diſt.* 5 *num.* 45. Couvarruvias *lib.* 2. *var. reſol. cap.* 3. Leon. Leſſius *de Iuſtit. & jure lib.* 2. *cap.* 21. *Dubitat.* 4. Nihil obſtat quod Pomponius in *d. l. in cauſſa* 16. §. 4. *D. de minoribus*, utatur verbo *circumvenire*. nam hoc non propter dolum, ſed inæqualitatem precii & rei per ſe, & non intuitu ejus quod emptoris vel venditoris præterea intereſt, conſideratæ contingit.

Objicies quod nemo cum alterius jacturâ locupletari debeat, *l. nam hoc natura* 14. *D. de condict. indebiti. l. jure naturæ* 206. *D. de reg. juris.* Reſp. contrahentes utrimque conſentire; *d. l. ſi voluntate* 8. *Cod. de reſcind. vendit.* volentibus autem & conſentientibus nec damnum fieri nec injuriam, *l. cum donationes* 34. *Cod. de tranſact. l.* 1. §. 1. *in fine D. de action. empt. l. quod & lex.* 3. §. *ſi quis volentem* 5. *D. de homine libero exhib.*

Si objicias auctoritatem Ariſtotelis *lib.* 5. *Ethic. cap.* 4. ubi multis oſtendit juſtitiæ commutativæ adverſari aliquem in commerciis plus accipere, quam dedit. Reſp. cum ipſo precio vel merce concurrere id quod particulariter intereſt, quod ſimul cum precio vel merce omnimodam æqualitatem conſtituit: Eccè, ſi pro re valente aureis ſex ſolvam aureos octo vel novem, conſentio abſolute in rem quam emo preciumque quod ſolvo; Et quod minus eſt in valore rei, quam pretio quod ſolvo, ſuppletur ex eo quod eo tempore mea interſit octo vel novem aureis potius, quam re emptâ, carere; alioquin

eam non compararem. quod in licitatione manifeſtum eſt.

Dices me ab alio eandem rem aureis ſex emere poſſe: Reſp. quod ipſe mihi imputare debeam, quod non potius cum illo quam hoc contraxerim.

Repones quod ex hoc fundamento emptio venditio nequidem ob enormem læſionem nulla eſſet. Reſp. hoc verum eſſe: ex eo enim quod ob enormem læſionem ad reſcindendum contractum agitur, ſequitur contractum valere & ſubſiſtere: nam reſcindi, quod non eſt, non poteſt: non entis enim, ut dici ſolet, nullæ ſunt affectiones: Quapropter ſi cum ſciente valorem rei contractus initus ſit, remedium legis 2. *Cod. de reſcind. vendit.* ceſſat. *arg. l. domum 57. §. ſimul quoque 2. D. de contrah. empt. l. nemo* 145. *D. de reg. juris.* tantum competit, ſi cum ignorante: idque ob nimiam inæqualitatem, & quaſi erroneâ rei & ejus quod ipſius intereſt eam potius quam tôt plures-ve aureos habere, æſtimatione.

Objicies, *l. jure ſuccurſum* 6. *§. fin. l. res 12. §. ſi mulier 1. D. de jure dotium.* Reſp. favore concordiæ conjugalis, quæ nullam inæqualitatem patitur, ſpeciali jure receptum eſſe, propter damnum quodcunque, licet non immodicum, conjugi in æſtimatione rei dotalis vel propter nuptias datæ læſæ ſubveniendum eſſe. *Pinelus ad d. l. 2. Cod. de reſcind. vendit. part. 1. cap. 1. n.* 12. *Fachin. 2. contr. 29.*

Ad locum Ciceronis *lib. 3. Offic.* qui ita ſe habet. *Detrahere aliquid alteri, & hominem hominis incommodo ſuum augere commodum, magis eſt contra naturam, quam mors, quam paupertas, quam dolor, quam cætera, quæ poſſunt corpori accidere, aut rebus externis.* Reſpondeo eum intelligendum eſſe de eo caſu quo dolus intervenit: nec inter volentes & conſentientes negotium agitur: uti & illud quod dicitur *Levit. 19. verſ. 13. & 25. verſ. 14. & 17. Epiſt. 1. ad Theſſ. cap. 4. verſ.* 6.

Si objicias *l. 1. §. cauſſa hujus edict. 2. D. de ædilitio edict.* ibi

Neque

Neq; enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate. Resp. hoc in actionibus ex ædilitio edicto cõpetentibus singulare esse, propter necessitatem edicto Ædilium impositam venditori emptorem certiorem faciendi, quid morbi vitii-ve cuique sit &c. *l.* 1. §. 1. *D. de Ædilitio edicto.* Denique nihil interest emptoris cur fallatur ignorantia venditoris an calliditate: scilicet, si deceptio illa circa ipsam rem versetur, non verò si circa rei precium, quod & formula ædilitii edicti ostendit.

Nihil obstat *l. si quis cum aliter* 36. *in fine. D. de verb. obligat.* Nam versiculus finalis de casu in quo enormis læsio intervenit, intelligendus est: tum enim dolo agit qui petit quod adversario agenti ex æquitate legis 2. *Cod. de rescind. vendit.* restituere debet, *arg. l. dolo* 8. *D. de doli mali & metus except. l. palam* 2. §. *& generaliter* 5. *l. in condemnatione* 173. §. *dolo* 3. *D. de reg. jur.*

DUBITATIO XXIX.

An invitâ juris ratione indebitum solutum inter quasi Contractus habeatur?

INdebitum solutum non inter contractus, sed quasi contractus habet Gajus *in l. si quis* 5. §. *is quoque* 3. *D. de obligat. & action.* Quem sequitur Justinianus in §. *item is* 6. *Instit. de oblig. quæ quasi ex contract. nasc.* §. 1. *in fine Instit. quibus modis re contrahitur oblig.* Ratio, cur non inter contractus, est, quod qui solvit eo animo non est, ut accipientem sibi obliget, neque qui accipit, ut alteri obligetur; sed datur accipiturque obligationis, quæ subesse creditur, tollendæ caussa, *d.* §. *item is* 6. *Instit. de oblig. quæ quasi ex contract. nasc. l. si quis* 5. §. *is quoque* 3. *D. de obligat. & action.* Ratio, cur inter quasi contractus, hæc est,

quod

quod extra id quod agitur ex consensu ficto & præsumpto obligatio nascatur *l. is qui commodatum* 13. §. *si libero* 2. *in fine D. commodati.* fundata in eo quod neque ille qui dat, suum jactare, *l. cum de indebito* 25. *in prin. D. de probationibus.* neque ille qui accipit cum alterius jactura locupletari velle credendus sit, *l. naturaliter* 13. §. *ult. juncta l. seq. D. de condict. indeb.*

Objicit Donellus *lib.* 14. *comment. cap.* 17. quod indebitum solutum inter contractus qui re ineuntur relatum sit, §. 1. *Inst. Quibus modis re contrahitur obligat. juncto* §. *ult. Instit. de oblig.* Resp. hoc ideo factum esse quod maxima inter mutuum & indebitum solutum affinitas intercedat: quod in utroque obligatio re contrahatur: quod inter dantem & accipientem conveniri possit, ut si indebitum appareat, reddatur, atque eo saltem casu contractus esse, *l. si quis* 2. *in prin. D. de condict. indeb.*

Objicit, quod qui indebitum solvit aliquod negocium gerat. Resp. ex eo non sequi quod indebitum solutum contractus sit; cum in quasi contractu etiam negocium geratur, *l. si in area* 33. *D. de condict. indebiti*, sed præsumptum duntaxat & fictum, cum in contractu verum celebretur, *l. jurisgentium* 7. §. 2. *&* 4. *D. de pactis l. solent.* 15. *D. de præscriptis verbis l. in commodato* 17. §. *sicut* 3. *D. commodati.*

Objicit quod ex hâc sententiâ sequatur quod solutum indebitum distractus sit. Resp. hoc falsum esse; cum non possit distrahi obligatio, quæ non est; quamvis is qui indebitum solvit se obligatum esse putet, *d.* §. *item is* 6. *Instit. de obligat. quæ quasi ex contract.* §. 1. *in fine Instit. quibus modis re contrah. obligat. l. si quis* 5. §. 3. *D. de obligat. & action.*

DU-

DUBITATIO XXX.

An error in materiâ vitiet emptionem? & an hic frigida quædam Iurisconsultorum subtilitas occurrat?

Error in mercis materiâ vel substantiâ emptionem vitiat: veluti si æs pro auro veneat, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, *l. in venditionibus 9. §. inde quæritur 2. l. quid tamen 14. in fine D. de contrah. emption.* Diversitas enim materiæ, quamvis non diversitatem corporis, attamen diversitatem rei inducit; cum unaquæque res ex suâ substantiâ, id est, materiâ & formâ, quæ totam rem componunt, æstimetur. Neque verisimile est, eum, qui auro indiget, æs, vel qui argento, plumbum, quo non indiget, emere velle: aliudque æris, aliud auri precium esse: uti & aliud plumbi, aliud argenti.

Objicies *l. quid tamen 14. D. de contrah. empt.* Resp. quod, si res, quæ tanquam aurea vendita est, vel minimum auri infusum vel immixtum habet, nihil impediat quominus emptio valeat, saltem illius partis, quę aurea est, cum eatenus in materia erratum non sit: emptio autem quæ pro parte valet, in totum valere necesse est, *l. fundus ille 64. D. de contrah. empt. l. cum ex caussa 139. D. de verb. obligat.* quia neque partem empturus emptor, neque venditurus venditor erat, *l. tutor. 47. §. 1. D. de minoribus, l. si quis aliam 46. D. de solutionibus*, nisi eam venditor pro solida vendiderit, *l. cum ab eo 41. §. 1. D. de contrah. empt.*

Huic responsioni non obstat *l. cum ab eo 41. §. 1. D. de contr. empt.* Separanda enim est mensa inargentata, id est, ex argento & aliâ materiâ mixta, ab eâ quæ non nisi argento cooperta est: hæc enim, licet operimento duntaxat lamine vestita, nullum

tamen argentum infuſum vel immixtum habet;& ideo in materiâ erratur, cum nullâ ex parte argentea ſit, *Cujac. lib. 2. obſ. cap.* 4. Enim-verò licet in ſpecie *l. quid tamen* 14. emptio valeat, non ideo tamen damno emptor afficitur; cum adverſus venditorem actionem ad id quod ſua intereſt habeat; etiamſi ille pariter erraverit, *arg. l. ſi ſterilis 21. §. quamvis 2. D. de act. empt.*

Objicies *l. ſi id quod aurum* 22. *D. de verb. obligat.* Reſp. ſtipulationem à venditione hac in re diſtare: ſtipulator enim nihil promiſſori viciſſim præſtat; emptor autem venditori precium exſolvit: quare ſi ille ſcyphum, quem aureum putabat cum æneus eſſet, ſtipulatus fuerit, videtur ſaltem in æneum ſcyphum conſenſiſſe, ejuſque nomine promiſſorem ſibi obſtrinxiſſe. non autem emptor; cum aliud ſit precium aurei ſcyphi, aliud ænei.

Objicies *l. 1. §. ult. D. de pignorat. actio.* Reſp. pignoris quoque aliam quam venditionis rationem eſſe: Licet enim creditor, qui pignus accepit, ad reſtituendum illud teneatur; aliud tamen (principali obligatione jam contractâ) viciſſim debitori non præſtat; ut dici nequeat creditorem contracturum non fuiſſe, ſi in materia non erraſſet: cum multum ipſius interſit debitorem, donec aurum pro ære pignori det, ſaltem interim æris nomine teneri.

Objicies *l. aliter* 10. *D. de contrah. empt.* Reſp. ibi in qualitate tantum errari. Eodem modo reſpondeo *ad l. ſi ſterilis* 21. *§. quamvis 2. D. de act. empt.* nam vulgatæ lectioni præferenda eſt Florentina quæ negationem non agnoſcit: Paulus enim qualitatem eo loco non pro materiâ & ſubſtantiâ, ſed pro aliâ qualitate ad materiam & ſubſtantiam rei nihil pertinente dixit. Quamvis Ulpianus qualitatem cum materiâ conjunxerit in *l. quid tamen* 14. *D. de contrah. empt.*

Obji-

Objicies, quod si acetum pro vino venierit, valeat emptio venditio *l. in venditionibus 9. §. inde quæritur 2. D. de contrah. empt.* Resp. hoc verum esse, si vinum acuit: quia eadem prope οὐσία, id est, substantia est; ac ideo non nisi in qualitate: odore scilicet & sapore, erratur. At si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, id est, intinctus, aliud pro alio venisse; ac proinde emptionem venditionem non valere, *d. l. in venditionibus 9. §. 2. arg. l. si quis 9. D. de tritico, vino vel oleo legato.*

Dices, emptionem venditionem valere si quis se virginem emere putaverit, cum jam mulier facta esset, *l. alioquin 11. vers. quod si ego, D. de contrah. empt.* Resp. nec in persona, nec in sexu hic errari, sed qualitate tantum. Quare si cum virginem vendere vellem, tu puerum te emere existimasti, emptio venditio nulla est, *d. l. alioquin 11. vers. quod si ego.*

Objicies quod ambigua pactio ei nocere debeat in cujus potestate erat legem apertius exprimere, sive ille sit venditor, *ut in l. veteribus 39. D. de pactis*, sive emptor, *uti in l. si in emptione 34. D. de contrah. empt.* non autem contractum infirmari. Resp. illud verum esse cum error circa pacta incontinenti adjecta emptioni venditioni, & res accessorie tantum in eam deductas versatur; non autem circa ipsum contractum, aut corpus vel materiam rei principaliter in eum deductam.

Hæc, quia Fran. Connanus *comment. lib. 7. cap. 6. n. 5. & 6.* & qui eum secuti sunt non intellexère, variè ac satis infeliciter exposuerunt: Ut proinde mirum non sit, quod, ex vitio multis communi, ipsas leges Romanas calumniati sint.

DUBITATIO XXXI.

An stipulatio in annos singulos *una, incerta, perpetua & pura sit?*

CUm Pomponius ad Sabinum in *l. Si Stichum* 16.§. 1. *D. de verb. oblig.* scripsisset. *quod stipulatio hujusmodi*, in annos singulos, *una est, & incerta, & perpetua, non quemadmodum simile legatum morte legatarii finiretur.* mentem ejus non assecutus Baldus *ad. d. l. si Stichum* 16.§. 1. *D. de verb. oblig.* eâ, quâ solet, elegantiâ Jurisconsultum stultum fuisse & unam bestiam dixit. At quam immeritò ex sequentibus apparebit. Primum stipulatio hujusmodi *in annos singulos*, una est plurium pensionum diversis temporibus exigendarum & præstandarum, *arg. l. si à colono* 58. *D. de fidejussoribus*, non plures; & ideo jus capiendi semel tantum inspicitur, sufficitque stipulatorem eo tempore quo stipulatur capacem esse, *arg. l. si filiusfam.* 78. *D. de verb. obligat. l. Senatus* 35. §. *ult. D. de mortis caus. donat.* Quare si servus in annos singulos certam quantitatem sibi stipuletur, licet primo altero-ve anno libertatem consequatur, nihil tamen petere poterit, *arg. d. l. senatus* 35. §. *ult. D. de mortis caus. donat.*

Nihil obstat *l. pen.* §. 1. *D. de verb. oblig.* Quia ibi certa tempora & singulæ summæ expressæ sunt; nos autem hic quærimus de stipulatione factâ infinitè: veluti in annos singulos decem dabis? *Cujac. ad d. l. si Stichum* 16. §. 1. *D. de verb. obligat.*

Objicies *l. si servus communis* 18. §. *cum servus* 3. *D. de stipulat. servorum.* Resp. neque hic infinitam fuisse stipulationem, sed in annos quinque.

Objicias *l. sancimus* 34. §. *pen. Cod. de donationib.* Resp. quod neque hic una donatio, sed plures, & quidem per diversa tempora,

pora, quamvis in unam eandemque personam, factæ sint: proinde rectè dicitur, quod si neutra illarum quingentos solidos excedat, cumulatio omnium eos excedat; insinuatio tamen necessaria non sit.

Nihil obstat *d. l. sancimus* 34. §. *ult.* quia, cum ex donatione promittitur in singulos annos quoad donator & donatarius vivant certa quantitas, quæ quingentos solidos non excedat, non una sed plures stipulationes & donationes sunt, nec infinitæ, sed ad tempus factæ: quapropter insinuatione hic opus non sit: non enim computantur & cumulantur sequentium annorum pensiones, quia incertæ sunt, *ut possibile sit unius anni tantummodo, vel brevioris vel etiam amplioris temporis metas supervivere vel donatorem, vel eum qui donationem accepit, & ex hoc inveniri etiam totam summam donationis non excedere legitimam quantitatem.* verba sunt *d. l. sancimus* 34. §. *ult. in medio.* de utriusque autem vita in prima decisionis hujus parte agi hæc verba innuunt: *ut intra vitam personarum stetur,* in numero plurium sumptâ particulâ sequenti *vel* copulativè, ut & alias sæpissimè in jure nostro, *l. sæpe ita comparatum* 53. *D. de verb. signif.* At si hæ annuæ pensiones mortem donantis & donatarii excedant ac utriusque heredes sequantur: vel, si non heredem donatoris; sequantur tamen heredem donatarii: vel si non heredem donatarii, saltem sequantur heredem donatoris: tum una erit & perpetua stipulatio & donatio, insinuationemque requiret, *arg.* §. *at si ita* 3. *Instit. de verbor. obligat. d. l. sancimus* 34. §. *ult. in fine Cod. de donat.* Hâc interpretatione admissâ optimè convenit inter §. *pen. & ult. d. l. sancimus* 34. ut necesse non sit cum Cujacio *ad l. si Stichum* 16. §. 1. *D. de verb. obligat. & lib.* 15. *obs.* 22. textum §. ult. emendare, & pro eo quod scriptum est: *vel adjiciatur tempus vitæ &c.* legere: *vel non adjiciatur tempus &c.* aut *nec adjiciatur tempus &c.*

Secundò ſtipulatio hujuſmodi,*in annos ſingulos*:incerta eſt, *d.l.ſi Stichum* 16. *§.* *1.D.de verb. obligat.* quia infinitum tempus, atque adeo infinitam quantitatem complectitur: & ideo ex ea certi condictio non eſt,*Cujac. ad d. l.* 16. *§.* *1.*

Tertiò ſtipulatio hujuſmodi perpetua eſt, ideoque ad heredem tranſitoria: quia infinitè concepta eſt: & cum obligatio ſit juris,*prin. Inſtit. de obligat.* jus autem ſui naturâ perpetuum ſit,conſequens eſt,illam quoque perpetuam eſſe. ut omittam unumquemque non ſolum ſibi ſed & heredi ſuo proſpicere velle præſumi, *arg. l. 9. D. de probat.*

Quartò adjungere poſſum quod ſtipulatio hujuſmodi:*in annos ſingulos*,pura ſit, & ideo confeſtim ex ea agi primique anni penſio peti poſſit,*l.eum qui ita 56.§.qui ita 4.D.de verbor. oblig. §. at ſi ita 3. Inſtit. eod.* & ſic deinceps initio cujuſque anni; perinde ut legatarius annuum legatum ſibi relictum poſt mortem teſtatoris petere poteſt, *l. nec ſemel 12.§.1.D. quando dies legat. l. 1. Cod. eod.* Siquidem tempus multiplicandæ ſolutionis gratia ſæpiuſque reiterandæ puræ obligationis cauſſa adjicitur, *l. cum in annos 10. cum ll. ſeqq. D. quando dies legatorum &c.*

Subjicit Pomponius:*non quemadmodum ſimile legatum morte legatarii finiretur*.Quia in Legato hujuſmodi:*in annos ſingulos*,quamplurima à ſtipulatione hujuſmodi diverſa ſunt. I. Legatum illud non unum ſed multiplex eſt, & in eo quotannis jus capiendi inſpicitur, *l. cum in annos 11. D. de annuis legatis l.ſenatus 35.§.ult.D.de mortis cauſſa donat.* II. Quia multiplex, ſingula legata per ſe conſiderari poſſunt;ac proinde certa dici. III.Non eſt legatum hujuſmodi perpetuum,ſed morte finitur, *l.ſi in ſingulos 4.& l. in ſingulos 8. D.de annuis legatis.* IV. Licet legatum hujuſmodi quoad annum primum purum ſit,& legatarius illius anni legatum in heredem transmittat: ſequentium tamen annorum legata conditionalia ſunt, puta ſi legatarius

vivet,

vivet, *d. l. si in singulos 4. & l. in singulos 8. D. de annuis legatis l. 1. §. si in annos 16. D. ad leg. falcidiam.* Harum differentiarum hæc ratio est, quia legata annua personæ relinquuntur, alimentorum, vestiarii, habitationis, disciplinæ caussa: ut scilicet legatario consulatur: & ob id inest eis hæc conditio: *Si legatarius vivet*, & morte ejus finiuntur; temporalia sunt infinitumque tempus non habent, & singulis annis legatarii persona excutitur, an supersit: an capax sit. At in stipulatione annua personæ stipulatoris ratio non habetur; sed ita promittendo sibi potius promissor divisis pensionibus & præstationibus consulit, quam stipulatori, *Cujac. ad d. l. 16. §. 1. D. de verbor. obligat.*

DUBITATIO XXXII.

An distributio novationis in voluntariam & necessariam magis ex auctoritate quam veritate sit?

NOvatio est veteris obligationis in novam transfusio; cum scilicet vetus obligatio perimitur & in ejus locum nova constituitur; *l. 1. in prin. D. de novat.* Novatio duplex est, alia voluntaria alia necessaria, *arg. l delegare 11. §. 1. D. de novat. l. ult. vèrs. si enim. Cod. de usuris rei judicatæ l. si fundus 16. §. si pluris 6. D. de pignoribus.* Necessaria iterum duplex, alia quæ per litiscontestationem fit', *arg. d. l. delegare 11. §. 1. D. de novationibus.* alia quæ per sententiam, *l. ult. vers. si enim Cod. de usuris rei judicatæ, l. si fundus 16. §. si pluris 6. D. de pignoribus.* Voluntaria quin propriè & verè dicta novatio sit, nullum dubium recipit, *arg. §. præterea 3. Instit. quibus modis obligat. tollit. l. 1. cum l. seq. l. aliam 29. D. & Cod. de novationibus.* At, cum Brissonius necessariam magis ex auctoritate quam veritate novationis speciem constitutam esse docuisset,

cuisset, *lib. 2. de solutionibus*, ansam nonnullis præbuit eo nomine jus civile calumniandi. Argumentantur ex *l. 1. D. de nov.* ubi novatio præcedentem obligationem tollere & novam constituere dicitur: quod lite contestata nemo dixerit, *l. fund. 28. vers. nec si litem actor. D. de novat.* utpote quæ præcedentem obligationem magis firmat & corroborat, *arg. l. non solet 86. cum l. seq. l. omnes 139. D. de reg. juris.* Respondent vulgò novationem nihilominus per eam fieri; non quidem veteris obligationis intuitu; sed quod actio in judicium deducta novas quasdem assumat qualitates: Quod alii crassius exprimunt, cum dicunt: novationem quidem per litiscontestationem quoad substantiam & materiam non fieri; fieri tamen quoad formam. At hæc responsio (meo quidem judicio) necessariam novationem tollit. Dicendum itaque litiscontestationem tunc novationem operari, cum ille, cui actiones meas vendidi, alio-ve modo cessi, litem suo nomine cum debitore contestatus est: tunc enim hic liberatur ab obligatione qua mihi obstrictus est, & incipit ei soli in quem jus meum transtuli obligatus esse, *arg. l. si delegatio 3. vers. tamen antequam lis contestetur &c. Cod. de novationibus*, & hoc disertè vult Ulpianus in *l. delegare 11. §. 1. D. eod.* cum ait: *fit autem delegatio per stipulationem, vel per litiscontestationem.*

Ad legem *aliam 29. D. de novationibus.* Respondeo in eâ novationi voluntariæ non tam opponi novationem necessariam quam litiscontestationem in genere sumptam: vel si in eâ voluntariæ necessariam opponi omnino contendas, dicam illa verba: *neque enim deteriorem caussam nostram facimus actiones exercentes, sed meliorem*, accommodari rectè posse illi casui, quo actiones exercentur quas cessione factâ in alios transtulimus.

Objicies quod novatio non fiat, nisi hoc actum sit, *l. omnes*

2. *in*

2. in fine l. si Stichum 8. in prin. & §. 1. & ult. l. fundum 28. D. de novat. §. præterea 3. Instit. quibus modis obligat. toll. Quod, cum lis contestatur, nequidem nostro casu, dici nequit, cum Judicium etiam in invitum reddatur, *l. inter stipulantem 83. §. 1. D. de verb. obligat.* Resp. quod nostro casu novandi animus omnino adsit: Consentit enim qui actionibus suis cessit: consentit actor, qui id omnino affectat, *arg. l. 3. Cod. de nov.* consentit quoq; reus: quia cum eo, cui actiones cessæ sunt, litem contestando saltē tacitè contrahit manifestoq; facto novandi animum declarat, *arg. l. 3. §. idem scribit 11. D. de peculio.* Quod ad observationē legis, *ult. Cod. de novationibus. & §. præterea 3. Inst. quibus modis obligat. tollit.* satis est, *Gail. 2. obs. 30. num. 9. Decis. Curiæ Holland. 38.* Ut mittam quod manifestus ille novandi animus magis in novatione voluntariâ quam necessariâ attendatur, *arg. d. l. 2. l. 8. in prin. §. 1. §. ult. D. de novationibus l. ult. Cod. de novat. §. præterea 3. Instit. quibus modis obligat. tollitur.*

Objicies *l. ult. Cod. de usuris rei judicatæ*, quæ duntaxat judicato tribuere videtur, quod nos litiscontestationi. Resp. quod per judicatum adhuc alia novatio necessaria fiat; non quidem simpliciter, *arg. §. item si in Iudicio 5. Instit. de exceptionibus*, sed cum judicati actio eligitur & instituitur. Quod Justinianus *in d. l. ult. Cod. de usuris rei judicatæ*, his verbis expressit: *Si enim novatur Iudicati actione prior contractus: necesse est usurarum quidem quæ anterioris contractus sunt, cursum post sententiam inhiberi*. In quo hæc necessaria novatio ab eâ quæ illo, quem diximus, casu per litiscontestationem fit differt, utpote quæ usurarum cursum non sistat, cum sequantur jus quod cedens in cessionarium transtulit, *l. lite 35. D. de usuris*, licet quoad pignora vel fidejussores convenire videantur, *l. lege 13. §. etiamsi 4. D. de pignoribus. l. Græce 8. §. & post litem 3. D.*

de fidejussoribus, arg. l altam 29. D. de novationibus l. ult. Cod. de usuris rei judicatæ. prin. Instit. de fidejussoribus cum similibus.

DUBITATIO XXXIII.

Aliquis suo nomine ex alienâ materiâ speciem aliquam fecit: An ipse; an verò materiæ dominus ipsius quoque speciei dominus fiat?

CUm aliquis ex alienâ materiâ suo nomine speciem aliquam, id est, certum corpus conficit, & quæritur quis ejus naturali ratione dominus censeri debeat, distinguunt Gajus in *l. adeò 7. §. cum quis 7. D. de acquir. rer. domin.* & Justinianus in *§. Quum ex aliena 25. Instit. de rer. divis.* in hunc modum: vel species potest reverti ad pristinam & rudem materiam; aut non potest reverti: Priori casu forma materiæ cedit; atque dominus speciei est, qui materiæ dominus erat: Posteriori casu materia formæ cedit; & dominus habetur, qui suo nomine ex alienâ materiâ eam fecit. Hæc distinctio non probatur Fran. Connano *lib. 3. comment. cap. 6.* nonnullisque aliis, qui eo nomine ansam arripiunt de jure civili malè sentiendi. Sed quam perperam, ex eo patet, quod priori casu materia victa non est, sed formam vicit & potentior fuit: quippe quæ non interiit, neque extincta est, sed in suâ naturâ & essentiâ duravit, sublatâque formâ illico eadem ipsa, quæ antea erat, appareat, *l. quæsitum est 78. §. illud fortasse 4. D. de legat. 3.* Posteriori autem casu forma potentior est ipsâ materiâ: hæc enim à formâ ita devicta & superata est, ut redigi ad sua initia non queat, *d. l. quæsitum est 78. §. illud 4. l. Seia 6. §. 1. D. de auro argent. legat.* At secundum naturalem rationem pars potior & dominans trahit ad se minorem: & quod minus est cedit potentiori. Sic aurum vel argentum in faciendo vase non interit;

terit; uvæ autem in vino, olivæ in oleo exprimendo intereunt, ut ad pristinam suam formam reduci amplius nequeant, *d. l. adeo 7. cum quis 7. D. de acquir. rer. domin. §. cum ex aliena 25. Instit. de rer. divis.* Hinc lanâ legatâ, vestis, quæ ex eâ facta est, non debetur, *l. lana 88. in prin. D. de legat.* 3. nisi constet aliam fuisse mentem testatoris, *l. servum 44. §. si pocula 2. D. de legat. 1.* Adhæc materiâ legatâ, navim ex eâ factam non deberi placuit, *l. Servius 57. D. de legat.* 3. *& d. l. lana 88. §. 1.* quemadmodum neque statuam ex marmore legato factam, *d. l. quæsitum est 78. §. illud 4. D. de legat.* 3. Eumque navis dominum esse, qui ex alienis tabulis illam fabricavit, *l. sed si 26. in prin. D. de acquir. rer. dom.* Atque hæc ratio longe firmior & naturæ hujus rei convenientior est, quam ex precio operæ vel materiæ eam determinari, aut sine ullâ necessitate discordiis obnoxiam communionem inducere, *arg. l. cum pater 77. §. dulcissimis* 20. *D. de legat.* 2.

Objicies *l. Minucius 61. D. de rei vindicat.* Respondet Accursius navim ex alienis tabulis factam ei, qui fecit, cedere, si is tabulas quoque fecerit, id est, si eas ex aliena arbore veluti cupresso vel quercu secuerit, *d. l. sed si 26. in prin.* non autem cedere si tabulas non fecerit, *d. l. Minucius 61. Donell. lib. 4. comment. cap.* 14. *Balduinus ad d. §. cum ex aliena 25. Instit. de rer. divis.* Dicendum potius Minucii negativam sententiam in *d. l. Minucius* 61. *D. de rei vindic.* reprehendi à Juliano, in verbis: *Iulianus notat.* addita hac ratione, quod *proprietas totius navis carinæ caussam sequitur.* quæ prævalentia reliquas navis partes trahit, *Connanus lib. 3. comment. cap. 6.*

Objicies *§. quod si quis 5. lib. 2. fragment. Caji tit. de rebus 1.* ubi dicitur: *Si quis etiam ex tabulis alienis navem aut armarium aut quodcunque ad usum pertinens, fecerit: simili ratione ejus erunt, quæ facta fuerint, de cujus ligno facta probantur.* Resp.

Caji fragmenta exulare nec allegari debere, nisi quatenus cum jure nostro conveniant: denique quæ habemus Caji fragmenta non veteris illius esse, sed ementiti cujusdam, *Donell. ad l.* 1. §. 4. *num.* 11. *D. de verb. oblig. Goedd. de contrah. & committ. stipulat. cap.* 4. *num.* 69.

Objicies quod frumentum alienis spicis excussum non cedat specificanti, sed ejus fiat, cujus & spicæ fuerunt, *d. l. adeo* 7. §. *cum quis* 7. *D. de acquir. rer. domin.* cum tamen frumentum ad spicas reverti non possit, §. *cum ex aliena* 25. *in fine Inst. de rer. divis. & d. l. adeo* 7. §. *cum quis* 7. *D. de acquir. rer. dom.* Resp. distinguendum esse, in hunc modum: vel domini spicarum interest frumentum excuti, eo quod potius frumento excusso, quam spicis uti velit: hoc casu alius qui frumentum excussit, dominium frumenti non consequitur: *cum enim grana, quæ spicis continentur, perfectam habeant suam speciem*, (& quidem illam quam solam contemplatus est exspectavitque spicarum dominus,) *qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam, quæ est, detegit*, *d. l. adeo* 7. §. *cum quis* 7. *in fine. D. de acq. rer. domin.* Vel domini spicarum interest spicas, non excusso frumento, retinere, (fortè ut hiemali tempore pecoribus stabulatis pabulo sint, quemadmodum in iis regionibus, in quibus fœni penuria est, fieri videmus) & hoc casu, quia frumentum excussum ad spicas reverti non potest, ei dominium frumenti addici debet, qui illud excussit, §. *cum ex aliena* 25. *Inst. de rer. divis.* In quo non tam utilitatem illius qui frumentum excussit, quam qui spicarum dominus fuit versari statim apparebit.

Oppones *l, quid tamen* 10. §. *si massæ* 5. *D. quibus modis ususfructus vel usus amitt.* Resp. longe facilius usumfructum interire & amitti, quam dominium, *l. qui usumfructum* 36. *in prin. D. de usufructu.* nam ne inutiles essent proprietates, sem-

per abſcedente uſufructu placuit hunc certis modis exſtingui & ad proprietatem reverti, *l. 3. §. 2. D. de uſufructu. §. finitur 2. Inſtit. eod.* quæ ratio in dominio non obtinet; utpote cujus cauſſa perpetua eſt.

Oppones *l. de eo exhibendo 12. §. ſi quis 3. D. ad exhibendum.* Reſp. verum eſſe quod dominium vini vel olei ei cedat, qui ex alienis uvis vel olivis illud fecit, *d. l. adeo 7. §. cum quis 7. D. de acq. rer. dom. §. cum ex aliena 25. Inſtit. de rer. diviſ.* quapropter & ejus vindicandi jus habet, *l. idem Pomponius 5. §. 1. D. de rei vindicat.* Sed tamen, ſi vinum vel oleum malâ fide ex alienis uvis vel olivis factum ſit, & qui uvarum vel olivarum dominus fuit, malit ipſum vinum vel oleum quam uvarum vel olivarum ſuarum æſtimationem, puto ipſum, ſi non vindicando, ſaltem ad exhibendum agendo, illud conſequi poſſe, idque in odium doli, qui nemini prodeſſe debet, *l. non fraudantur 134. §. 1. D. de reg. juris l. eam quæ 21. D. de liberal. cauſ. l. 1. §. 1. D. de doli mali except.* nec alteri nocere, *l. factum 155 D. de reg. juris l. 2. & 3. §. 1. D. de tributor. act.* & adhuc poſſidere cenſetur, qui dolo malo poſſidere deſiit, *arg. l. nec ullam 13. §. item ſi quis 14. D. de petit. heredit. l. quod ſi dolo 22. D. de rei vindicat.* Eoque ſenſu reſponſum eſt, uvis ſubreptis muſtum inde factum & vinacia condici poſſe, *l. ſi ſervus 14. §. ult. D. de condit. furtiva.* & veſtimentum ex lanâ à marito uxori donatâ confectum, uxoris quidem eſſe; utilem tamen actionem marito competere, *l. ſi mulier 29. §. ult. cum l. ſeq. D. de donat. inter virum & uxorem.*

Oppones quod è marmore confecta ſtatua in rudem materiam atque ita in ſua initia redigi queat; & tamen ei cedat qui illam fecit, *arg. l. quæſitum 78. §. illud 4. D. de legat. 3.* Reſp. corpus è marmore confectum reſolvi quidem denuò poſſe; materiam tamen non omnino eandem, quæ antea erat, ma-

nere. Adhæc non adeò pertinaciter illis textibus qui de rebus legatis agunt (ut est *d.l. quæsitum 78.§.4.*) insistendum esse, cum in iis magis testatoris mens ac voluntas servari soleat, *arg. l. 7. §. fin. D. de supel. legat. l. 18.§.3. D. de Instruct. vel instrum. leg. l. 34. D. de reg. juris*, quam certa juris regula, *§. cum ex aliena 25. Instit. de rer. divis. d. l. adeo 7. §. 7. D de acquir. rer. domin.* Atque hoc modo etiam respondeo ad *l. si cui lana 70. in prin. & §. 1. & seqq. D. de legat. 3.*

Oppones quod nemo cum alterius jacturâ locupletari debeat, *l. nam hoc natura 14. D. de condict. indebit.* Resp. Domino materiæ æstimationem ejus exsolvi; licet dominium speciei; quæ in sua initia redigi nequit, ei adjudicetur, qui eam fecit, *arg. l. in rem 23. §. in omnibus 4. cum §. seq. D. de rei vindicat. cum similibus.*

Oppones, quod meum est sine facto meo ad alium transferri nequeat, *l. id quod nostrum 11. D. de reg. juris l. si & me 32. D. de reb. credit.* Resp. materiam non tam tuam esse quam ex potentiâ & prævalentiâ formæ tuam esse desiisse, *arg. l. in rem 23. §. in omnibus 4. D. de rei vindic. l. quæsitum 78. §. 4. D. de legat. 3.* perpetuâ specificationis naturâ id dictante, *d. §. cum ex aliena 25. Instit. de rer. divis. l. adeo 7. §. 7. D. de acquir. rer. domin.* Eodem modo respondeo, si dicas non æquum esse jus tuum tibi detrahi, *§. ult. Instit. de his qui sui vel alieni juris sunt.* Adde æstimationem materiæ tibi repræsentari.

Oppones; Quod ex re mea superest, vindicare possum, *l. solum 49. §. 1. D. de rei vindic.* Resp. ex re tua ob supradictam rationem nihil superesse: sed novum quiddam ex ea natum esse.

DU-

DUBITATIO XXXIV.

Quibus ex bono & æquo adjudicandus est alveus fluminis in universum derelictus?

VErba Justiniani in §. *Quod si naturali 23. Instit. de rer. divis.* hæc sunt: *Quod si naturali alveo in universum derelicto, ad aliam partem fluere cœperit; prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ prope ripam sit: novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus & ipsum flumen est, id est, publicus. Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam ejus prædia possident.* Franciscus Connanus *comment. lib. 3. cap. 5. num. 3.* hæc omnia à bono & æquo deviare scribit; & longe justius fore, ut *si quando mutato naturæ alveo cœpissent flumina cursum suum alio dirigere, tum antiquus relictus alveus assignaretur à Rep. iis, quorũ agri novo æstu fluminis essent absorpti.* Alii dicunt quod illa saltem decisio, quam Justinianus ultimo loco posuit, ex strictâ juris ratione, non autem naturali æquitate petita sit.

Obstat D. Connano, quod cum flumen sese dilatando & paulatim latiorem alveum faciendo damnum vicinis prædiis non autem reipublicæ inferat, æquum sit, quasi quodam compensationis jure agrum vel locum à flumine relictum, iis, qui vicina prædia possident, non autem Reip. cedere, *arg. l. secundum 10. D. de reg. juris.* Quod cum flumen occupando alveum ex agro, qui privatus erat, eum sibi fecerit, æquum sit alveum postea relictum agri jure censeri & adjici vicinis prædiis, quibus antea detractus fuerat, *Donell. lib. 4. com. 28.* Quod cum nulla utilitas vel necessitas publica urget, reipublicæ caussa favorabilis non sit, nisi sub malo magistratu.

Repo-

Reponit D. Connanus à republica iis quorum agri novo æstu fluminis absorpti sunt derelictum alveum assignari. Verum obstat quod nemo plus juris in alium transferre possit, quam ipse habet, *l. nemo* 54. *D. de reg. juris.* videanturque ii quorum agri absorpti sunt culpa quasi sua hoc damnum sentire, eo quod melius ripis suis non prospexerint: aliundeque satis ipsis consulatur, si proximiora adhuc propè ripam prædia retinentibus spes maneat recessurum iterum flumen veteremque alveum repetiturum, *d. §. quod si naturali* 23. *in fine Instit. de rer. divis. l. adeo* 7. *§. quod si toto* 5. *D. de acq. rer. dom.* Quare Pomponius, *flumina*, inquit, *Censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum, l. ergo* 3. *§.* 3. *D. de acq. rer. dom.* Et Cassiodorus, *Agrimensor*, inquit, *more vastissimi fluminis aliis spatia tollit, aliis rura concedit, l.* 3. *variar.* Nec non Lucanus:

Illos terra fugit dominos, his rura colonis
Accedunt donante Pado.

Hæc testimonia & illis adversantur, qui putant novum alveum in universum derelictum veteri domino, cujus ager totus vi fluminis absumptus erat, ex bono & æquo restitui; non autem iis assignari debere, qui proximiora prope ripam prædia possident; pro modo scilicet latitudinis cujusque fundi quæ prope ripam est. Quibus accedit quod ager, ex quo factus est alveus, speciem formamque suam mutaverit; ac proinde ejus esse desierit cujus antea erat, *l. adeo. §. quod si toto* 5. *juncto arg. §. seq. D de acq. rer. dom. §. quod si naturali* 23. *juncto arg. §. seq. Instit. de rer divis. l. cum usumfructum* 24. *in fine prin. D. quibus modis ususfruct. amittitur.* factusque publicus, si denuo flumen ad veterem alveum reversum fuerit, nulla prorsus æquitate ei obvenire possit cujus antea fuerat, *arg. l.* 1. *§. ripa* 5. *§. simili* 7. *D. de fluminibus*, cum illi exstinctus sit; at cui semel

ager

ager exſtinctus eſt amplius non reſtituitur, *arg. l. qui res ſuas 98. §. ult. D. de ſolutionibus l. 2. D. de uſufructu. Ager*, inquit Gajus, *qui fuerat, deſiit eſſe amiſſa propria forma. at qui vicinum prædium nullum habet, non poteſt ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere. d. l. adeo 7. §. quod ſi 5. in fine D. de acq. rer. domin.* Quod ſi ulla æquitas efficere poſſit, ut veteri domino novus alveus derelictus ullo caſu reſtituatur, ſine dubio per eam Lucius Titius agrum ſuum recuperaſſet nec Attio aſſignatus fuiſſet in ſpecie quam tractat Alfenus in *l. Attius 38. D. de acq. rer. domin.*

Oppones *d. l. Adeo 7. §. quod ſi 5. in fine D. de acquir. rer. dom.* cui Gajus hæc verba ſubiicit: *Sed vix eſt, ut id obtineat.* Reſpond. Gajum nihil aliud velle quam vix evenire, ut totum agrum ita novus alveus occupet, ut ex eo nihil ſupra aquam eminens remaneat; ac proinde ad uſum factumque finalia ejus verba referenda eſſe. Dices Gajum in præcedentibus ſtrictæ rationis mentionem feciſſe. Reſp. ipſum per ſtrictam rationem, non ſtrictum jus intelligere, ſed rationem genuinam, veram, maximeque deciſivam.

Oppones *l. ergo 30. §. Alluvio 3. D. de acq. rer. domin.* Reſp. de inundatione loqui: at inundatio fundi ſpeciem non commutat alveum-ve aut ſtagnum facit, *§. alia 24. Inſtit. de rer. diviſ. l. adeo 7. §. aliud 6. D. de acquir. rer. domin.* dicitur autem aqua cum recedit agrũ reſtituere, quem inundatione occuparat, & flumina cenſitorum vice fungi, *d. l. 30. §. 3.* quia ſaltem in ſuſpenſo dominium agri interim retinere videntur: cum eodem modo poſſint adimere perpetuò. Quo etiam ſenſu explicandus eſt verſiculus finalis, qui ſic ſe habet: *itaque ſicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus eſſet, fuiſſet publicus: ita nunc privatus ejus eſſe debet, cujus antea fuit.* nec non *l. ſi ager 23. cum l. ſeq. D. quibus modis uſusfruct. amitt.* ubi inundatione

 pro-

proprietas agri amitti; & , cum uno impetu denuò recesserit aqua, recuperari dicitur, non enim aliter inundatione proprietas amittitur quam interim, & quia, si aqua denuò non recesserit, perpetuo amitti potest, *arg. d. l. adeo 7. §. 6. D. de acq. rer. dom. & §. alia 24. Instit. de rer. divis.* Eodem planè modo, quo captivitas patriam potestatem solvit, *arg. l. hostes 24. D. de captivis & postlim. revers.* Quæ tamen propter incertum reditus in pendenti magis habetur, *§. si ab hostibus 5. Instit. quibus modis jus patriæ potestat. solvit.* & res hereditariæ nullius esse dicuntur, *l. 1. D. de rer. divis. & l. 3. D. de peculio*, quæ tamen adita hereditate semper heredis fuisse censentur, *l. heres 54. D. de acquir. vel omitt. heredit. l. omnia 193. D. de reg. juris.*

DUBITATIO XXXV.

An quod è navi jacitur, plerumque derelinquendi animo jactum credatur?

MIris modis vapulat à Francisco Sarmiento *lib. 6. selectarum interpretat. cap. 9.* Ulpianus in *l. falsus creditor 43. §. si jactam 11. D. de furtis.* Quæstio est, an quod è navi jacitur, plerumque derelinquendi animo jactum credatur? Ego distinguendum arbitror: quod enim obortâ tempestate navis levandæ gratiâ in mare projicitur, pro derelicto haberi non videtur, sed magis ut navigantes maris periculum effugiant. *§. pen. & ult. Instit. de rerum divis. l. qua ratione 9. §. ult. l. quæ cum acquir. 58. D. de acquir. rer. domin. l. 2. §. ult. D. ad legem Rhodiam de jactu l. si quis merces 7. D. pro derelicto l. interdum 21. §. 1. D. de acquir. vel amitt. possess.* Quod verò tempestate non obortâ, sed simpliciter & spontaneè in mare projicitur, plerumque derelinquendi animo jactum videtur: quod Ulpianum sensisse in *d. l. falsus creditor. 43. §. si jactum 11. D. de furtis,*

furtis, ex relatione textus & præcipuè ultimorum verborum apparebit: *Si jactum, inquit, ex nave factum, alius tulerit: an furti teneatur? quæstio in eo est, an pro derelicto habitum sit. & si quidem derelinquentis animo jactavit: (quod plerumque credendum est, cum sciat periturum) qui invenit, suum fecit, nec furti tenetur. si verò non hoc animo, sed hoc, ut; si salvum fuerit, haberet: ei, qui invenit, auferendum est. & si scit hoc, qui invenit, & animo furandi tenet: furti tenetur. enimvero si hoc animo, ut salvum faceret domino: furti non tenetur. quod si putans simpliciter jactatum, furti similiter non tenetur.* cui accedit argumentum petitum ex *d. l. falsus creditor* 43. *§. si quis sponte* 10. *D. de furtis.*

DUBITATIO XXXVI.

An decimæ Clericis jure divino debeantur?

LEge Papia fisco pendenda erat decima ex relictis uxori, vel marito, si ex eo matrimonio liberi suscepti non essent, quod tamen postea Honorius & Theodosius Impp. emendarunt, *l. 2. Cod. de infirmandis pœnis cælibatus*. Metallarii quoque qui metallorum venas perquirunt, fisco decimas præstare debent, & alias decimas domino prædii quod perscrutantur, *l. 3. Cod. de metallariis & procurationibus &c. lib.* 11. Præter scrupulos & tributa, quæ propter facultatē auri indagandi concessam penduntur, *l. 1. l. per annos* 5. *Cod. de metallariis & metallis &c.* Præterea jure novissimo litigator, qui convictus fuerit temerè alicui litem movisse, decimam partem quantitatis pecuniæ in libello conventionis injustè petitæ pro sumptibus adversario persolvere tenetur, *Nov.* 112. *cap.* 2. *ex qua petita est auth. Generaliter Cod. de Episcopis & Clericis §. 1 Inst. de pœna temere litigantium*, saltem si majores expensæ non essent, *glossa & DD. ad d.*

auth. generaliter. Tenetur etiam ad exſolutionem decimæ, qui eam vovit: *& ſi forte qui decimam vovit deceſſerit ante ſepoſitionem* (decima enim non prius eſſe in bonis deſinit, quam fuerit ſeparata) *heres ipſius hereditario nomine decimæ obſtrictus eſt: voti enim obligationem ad heredem tranſire conſtat, l. ſi quis rem 2. §. ult. D. de pollicitationibus.* At de illis decimis, quæ Eccleſiæ miniſtris quotannis ab omnibus & ſingulis penduntur, nihil in toto jure civili reperitur; Cum tamen in jure Canonico aſſeveretur: *Decimas conſtitutione divina deberi,* cap. tua 25. ext. de decimis, *Deum præcepiſſe decimas ſibi ſolvi in ſignum univerſalis dominii, ideoque non poſſe minui,* cap. tua nobis 26. ext. eod. *Decimas eſſe juris divini, eſſe Dei, deberi Deo.* cap. ult cauſſ. 16. quæſt. 1. Hinc ſubit animum dubitatio, an Juris Civilis Auctores, qui alioquin de Epiſcopis, Clericis eorumque jure copioſe caverunt, hoc ſimulare vel occultare voluerint. At enim vera eſt ſententia decimas non jure divino, ſed ſolo Eccleſiaſtico poſitivo Clericis deberi *D. Thomas 2. 2. quæſt. 87. art. 1. Sotus de Iuſtitia & jure lib. 9. quæſt. 4. art. 1. Navarrus cap. 21. Enchiridii n. 28. Couvarruvias poſt multos quos citat. lib. 1. variar. reſolut. cap. 17. Leon. Leſſius de Iuſtitia & Iure lib. 2. cap. 39. Dubitat. 1. num. 6. And. Vallenſis parat. decretal. ad tit. de decimis §. 4.* Hinc Hugo de ſancto victore *lib. 1. De ſacram. part. 11. cap. 4. & 11.* ut eum refert Dionyſ. Gothof. *ad l. 2. §. ult. D. de Pollicit.* ait decimas ante legem fuiſſe ſub concilio, ſub lege in præcepto: poſt legem libertatis ſpiritui Chriſtianos commiſſos eſſe, id eſt, decimarum obligationem juris poſitivi eſſe. Quod evincit decimarum quota, finis, locus ſolutioni deſtinatus, *Deuteron. cap. 14.*

Nihil obſtat quod dicitur *Exod. 22. Levit. 27. & Num. 18.* ubi Deus præcipit ut decimæ ſolvantur. Quia hæc præcepta ad tempus novi teſtamenti non pertinent: tum quia judicialia,

ad

ad politiam Judaici populi ſpectantia ; tum quia in Levitis & Aaraonicis ſacerdotibus alia erat ratio : hi enim penè decima pars populi erant,ut pote una ex duodecim tribubus: nec partem ullam in diviſione terræ acceperant : ſicuti aliæ tribus.

Nihil obſtat quod dicitur miniſtris rerum ſpiritualium congruam ſuſtentationem deberi *Epiſt. 1. ad Cor. cap. 9. & Matth. cap. 10.* Quia hoc nihil ad ipſam decimam, de qua hic ſermo.

Ad locum Matth. 23. ibi cum Dominus dixiſſet: *Decimatis mentham & anethum*,ſubjunxit; *Oportuit hæc facere, & illa non omittere.* reſp. ad veteris legis tempus eum referendum eſſe.

Ad illud autem quod *Matth. cap.* 5. Dominus ait: *Niſi abundaverit Iuſtitia veſtra plus quam Scribarum & Phariſæorum, non intrabitis in regnum cælorum.* atqui illi decimas pendebant. reſpondeo Juſtitiam noſtram majorem eſſe debere,non in ſolvendâ decimâ, (alioquin deberemus quartam vel quintam exſolvere ; nam illi ſtrictiſſimè decimam exſolvebant *Matth. cap. 23.*) ſed in reformandis affectibus internis : illorum enim Juſtitia ſolum externa erat.

Ad Juris Canonici effata reſpondeo, decimas jure divino hoc ſenſu deberi : quod ſaltem ortum habeant ex jure divino, *Exod.* 22. *Levit.* 27. *Num.* 18. & ita, licet non immediate, ſaltem mediate ex eo debeantur. vel quod ſint congrua traxatio honeſtæ ſuſtentationis quæ jure divino miniſtris Eccleſiæ debetur 1. *ad Cor. cap. 9. & Matth. cap.* 10. vel quia Deo, quaſi in ſuis miniſtris conſecrantur, quo ſenſu res ſacræ in jure noſtro divini juris eſſe dicuntur, *§. nullius 7. & §. ſacræ 8. Inſtit. de rer. diviſ.* vel denique eo ſenſu quo Imperatoriæ conſtitutiones, divinæ,ſacræ &c. dicuntur *l. ult. Cod. ſi contra jus &c. l. ſacri 6. Cod. de diverſis reſcriptis.*

Quod autem jure divino propriè & ſtrictè dicto decimæ Clericis non debeantur ex ipſo jure Canonico conſtat : eo

enim consuetudine tolli possunt, *cap. in aliquibus 32. §. fin. ext. de decimis.*

Nihil obstat quod Abraham Melchisedeco decimas solvit *Genes.* 14. Christus autem sit sacerdos secundum ordinem Melchisedeci, *Epistol. ad Hebræos cap.* 7. Non enim ex eo sequitur decimas ministris Ecclesiæ Christi pendendas esse. Abraham decimas ex libertate & voto solvit: Melchisedecus ipse umbra Christi fuit: erat enim ipse rex Salem, id est, pacis; umbra autem cessat ubi ipsa veritas venit: quapropter Christus suos emittens decimarum non meminit, sed honestæ sustentationis *Matth. cap.* 10. de quâ solâ Paulus loquitur, 1. *ad Corinth. cap.* 9.

DUBITATIO XXXVII.

An dominus proprietatis consentiente fructuario servitutem imponere possit?

SIcut usufructuarius proprietarii conditionem nullo modo deteriorem facere debet: meliorem verò potest, *l. si cujus 13. §. fructuarius 4. D. de usufructu l. locum 17. §. 1. D. de usufructu*, ita neque proprietarius usufructuarii, *l. heres 12. D. de usu & usufruct. legat. l. verbis 2. Cod. de usufructu.* Hinc proprietarius invito usufructuario, servitutem fundo, qua deterior conditio ejus fiat, imponere nequit, *l. sed si quid 15. §. ult. in prin. D. de usufruct.* Sed an consentiente possit? Negant glossa, Fulgosius & *DD. ad d. l. sed si quid 15. §. ult. in fine.* At longe melius alii affirmant: inter quos Pinelus *de bonis maternis part. 2. num.* 74. Ant. Faber *in ration. ad d. 15. §. ult.* quia uterque consentit & de tertii alicujus projudicio non agitur. quapropter sustinetur servitus ab uno ex pluribus dominis constituta accedente aliorum consensu etiam ex intervallo,

l. per

l. per fundum 11. D. de servitut. rustic. prædior. l. ult. D. communia prædiorum. quilibet enim juri suo renuntiare potest, *l. pen. Cod. de pactis.* Nec quisquam dixerit volenti ac consentienti injuriam fieri, *l. 1. §. usque adeo 5. D. de injuriis, l. in diem 9. §. 1. D. de aqua & aqua plu. arcend.* Et totum usumfructum fructuarius derelinquere & amittere potest, *arg. l. cum fructuarius 64. D. de usufructu.* Sed notatur Ulpianus, eo quod ad Sabinum in *d. l. sed si quid 15. §. ult. in fine D. de usufructu*, hæc verba scripsit: *Proprietatis dominus nequidem consentiente fructuario servitutem imponere potest.* At immerito. quippe ita distinguendum est: vel fructuarius, dum domino proprietatis servitutem imponenti consentit, consentit etiam in ususfructus amissionem, idque in totum vel pro parte, & hoc casu impositio servitutis valida est, *arg. d. l. cum fructuarius 64. D. de usufructu l. 4. §. quæsitum est 12. D. de doli mali & metus except. l. pen. Cod. de pactis*, Vel in ususfructus amissionem, idque in totum vel pro parte non consentit (quemadmodum in dubio consentire non præsumitur: cum ususfructus à proprietate separatus sit, *§. 1. Instit. de usufructu*, nec quisquam suum jactare præsumatur, *l. cum de indebito 25. in prin. D. de probat.*) & impositio servitutis, si sine amissione vel deterioratione ususfructus consistere nequeat, vitiatur. Eodem pene modo quo in explicatione, *l. suus heres 3. Cod. de repudianda vel abstin. heredit.* uti necesse est.

DUBITATIO XXXVIII.

An petitoria actio cum possessoriâ cumulari possit?

CONvenientissima agendi ratio & judiciorum ordo postulant, ut caussa possessionis eam, quæ de proprietate movetur, præcedat, *l. ordinarii 13. Cod. de rei vindicat. l. incerti*

3. *Cod.*

3. *Cod. de interdictis l. si coloni* 14. *Cod. de agricolis & censitis l. si de vi* 37. *D. de judiciis l. exitus* 35. *D. de acquir. vel amitt. possess. §. retinendæ* 4. *Instit. de interdictis.* Hinc possessionis prima, proprietatis secunda actio dicitur, *l. ult. Cod. quorum bonorum.*

Nihil tamen impedit quo minus is, qui vindicare & petitorio judicio experiri cœpit, videns possessorium judicium sibi utilius tutiusque esse, *l. is qui destinavit* 24. *D. de rei vindicat.* hoc instituat, suspensâ interim & quiescente proprietatis actione: nam qui vindicare cœpit, possessioni non renuntiavit, *l. naturaliter* 12. *§. nihil commune* 1. *D. de acquir. vel amitt. possess. arg. l. officium* 9. *D. de rei vindicat.* Hinc Papinianus *in l. cum fundum* 18. *§.* 1. *D. de vi & de vi armata*, ita inquit: *Eum qui fundum vindicavit ab eo, cum quo interdicto unde vi potuit experiri, pendente judicio nihilominus interdicto rectè agere placuit.* Quod bene etiam intellexit probavitque Innocentius III. Pontifex Max. insignis suo sæculo jurisperitus *in cap. pastoralis* 5. *ext. de caussa possessionis & proprietatis*, in verbis: *Consultationi tuæ taliter respondebimus, quod possessorio quidem judicio, quod de recuperandâ, seu adipiscendâ possessione proponitur antequam renuntiatum sit, aut conclusum in proprietatis judicio primitus instituto, agi potest ab eo, qui rem cœperit vindicare. Cum legali sit provisione statutum, eum qui fundum vindicaverit ab eo, cum quo interdicto unde vi potuit experiri, pendente judicio interdictum posse nihilominus intentare.*

Difficilius determinatu videtur; num in uno eodemque libello caussa proprietatis cum eâ, quæ de possessione est, cumulari simulque proponi queat? Mallem judicium possessoriũ præmitti, *d. l. incerti* 3. *Cod. de interdictis l. si coloni* 14. *Cod. de Agricolis & Censitis l.* 37. *D. de judiciis, cum similib.* Sed si facta sit cumulatio; non ideò putem in jus civile rationem-ve ejus ullo

modo

modo impingi, aut libellum rejici posse: dummodò caussa possessionis primò, deinde proprietatis pertractetur: vel si utraque simul; saltem judex primò de possessione, deinde de proprietate pronuntiet. Eodem penè modo quo creditoribus adversus debitores actionibus hypothecariis nec non personalibus simul uti licet, *Novell. 4. cap. 2. vers. contra principales tamen & existentes apud eos res sive personalibus, sive hypothecariis, mox sive ambabus uti voluerit, omnem ei damus licentiam &c.* Hoc sensu Impp. in *d. l. incerti 3. Cod. de interdictis* responderunt: *incerti juris non esse, ortâ proprietatis & possessionis lite, prius possessionis decidi oportere quæstionem &c.* Dicunt enim lite, non litibus: cumulatio enim utriusque quæstionis in uno eodemq; libello facta erat: quod etiam ex reliquo textu patet.

Objicies quod possessio nihil commune cum proprietate habeat, *l. naturaliter 12. §. 1. D. de acquir. vel amitt. possess.* Resp. hoc saltem velle, quod natura possessionis à naturâ seu essentiâ proprietatis diversa sit; non autem quod petitoria actio cum possessoriâ cumulari non possit.

Objicies quod nullius Judicis sit plura remedia admittere, *arg. l. quod in herede 9. §. 1. D. de tributoria act. l. pro socio 38. §. 1. D. pro socio l. plura 53. in fine prin. D. de obligat. & act. l. nemo 43. §. 1. D. de reg. juris.* Resp. hoc verum esse, cum illa ad idem competunt. At possessionis caussa ad alium finem quam petitoria actio movetur.

Oppones quod hac ratione Judex & tribuat & etiam adimat possessionem: illud vi possessorii remedii: hoc verò vi petitoriæ actionis illi conjunctæ. Resp. hoc absurdum non esse: cum ubi hæc cumulatio facta non est, sæpè eveniat, ut, qui in possessorio judicio obtinuit, in petitorio succumbat: quo casu adjudicatur atque etiam iterum aufertur possessio.

Objicies quod actor dolo faciat, qui accipit possessionem

quam ſtatim debet reſtituere, *l. dolo 8. in prin. D. de doli mali & met. except.* Judex autem hunc dolum tueatur. Reſp. neminem dolo facere qui jure ſuo utitur, *l. nullus 55. D. de reg. juris.* Denique idem dici poſſe eo caſu quo hæc conjunctio non intervenit.

Objicies *l. ordinarii 13. Cod. de rei vindicat. l. 1. Cod. de Appellat. l. 14. Cod. de Agricolis & cenſitis l. 37. D. de Iudiciis, cum ſimilibus.* Reſp. Judicium poſſeſſorium convenienter petitoriam actionem præcedere: nec ideo hanc cumulationem rectè impugnari: cum omne, quod benè & convenienter fit, non idcircò ita neceſſariò ſemper fiat. Neque obſtat verbum *debet* aliud-ve ſimile *l. 1. Cod. de Appellat. &c.* cum ex eo non abſoluta neceſſitas, ſed quæ ex jam dictâ hypotheſi eſt, colligenda ſit: ſcilicet ſi actor optimo modo poſſeſſorio atque etiam petitorio Judicio experiri velit.

Enimverò, ſi hæc cumulatio facta & utraque cauſſa ſimul agitata ſit, nec non Judex paratus utrumque judicium ſimul determinare, à cauſſâ quidem poſſeſſionis in pronuntiando; at in exequendo à cauſſâ proprietatis incipere debet: ſi fortè unus in hâc, alter in illâ ſuperior evaſerit, *cap. cum dilectus 6. ext. de cauſſa poſſeſſionis & proprietat.* Potentior enim longe eſt qui vicit in petitorio eo qui in poſſeſſorio. Quare rectè poſſeſſio momentanea dicitur, *l. unic. Cod. ſi de moment. poſſeſſ. l. momentariæ 8. Cod. unde vi l. momentaneæ ult. Cod. qui legitimam perſonam &c.* non quod momento ejus cauſſam expediri oporter (ut vulgus intelligit:) ſed quod temporalis tantùm, nec diutius manſura ſit, quam in petitorio judicatum fuerit. & quid ſi ſtatim?

Ex quibus omnibus conſtat non ſolum jus civile, ſed etiam Canonicum ſibi hac in parte benè conſtare mutuoque fœdere copulari.

DUBITATIO XXXIX.

An Vsucapio juri divino vel gentium contraria sit, & ita injustus acquirendi dominii modus?

USucapio jure civili introducta est, *arg. §. ult. in fine Instit. de usu & habitatione, juncto principio Instit. de usucapionibus & longi temporis præscript.* propter bonum publicum; ne scilicet quarundam rerum diu & ferè semper incerta dominia essent, *l. 1. D. de usurpat. & usucap.* & aliquis foret litium finis, *l. ult. in prin. D. pro suo.* unde Tullius usucapionem finem solicitudinis & periculi litium vocavit, *in oratione pro Cæcinna:* Nam lite carere, pars vitæ beatæ mortalis non minima est. In quo jus civile non in totum à jure gentium recessit: hoc enim dictat sontes puniendos esse: sontes autem proculdubio sunt, qui ex nimis perniciosâ reipublicæ negligentiâ res suas deserunt, nec in eas inquirunt, *arg. l. 1. in fine D. de usurpat. & usucap. l. ut perfectius 2. & l. ult. in fine Cod. de annali exceptione l. cum notissimi 7. l. si quis emptionis. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.* proinde pœnâ aliquâ afficiendi tanquam malè meriti publicè, *l. bona fides 31. in fine prin. D. depositi.* nullâ autem convenientiori affici possunt, quam ut excidant multenturque earum rerum dominio, quas jam ante non curaverunt & per negligentiam suam quasi abjecerunt: pro derelicto enim res suas habere videntur, qui eas ab aliis multo tempore possideri patiuntur: & ipsæ quasi ad pristinam communitatem rediisse reputantur, ut tanquam nullius, occupantibus cedant, *arg. §. feræ 12. vers. quod enim ante nullius. & §. penult. Instit. de rerum divisione l. 1. §. 1. & l. 3. D. de acquir. rerum dominio.* Præterea indigni censentur privilegio dominii, qui eo abutuntur, *arg. §. sed hoc tem-*

pore 2. verſ. ſed & major aſperitas. Inſtit. de his qui ſui vel alieni juris ſunt. Hinc jure merito Iſraëliticus populus Ammonitis veteres ſuas ſedes, quas per trecentos annos neglexerant, repetentibus, tanti temporis uſucapionem objecit, *Iudicum cap. 11. verſ. 26. & ſequentibus.*

Objicies, id quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro in alium transferri non poſſe, *l. id quod noſtrum* 11. *D. de reg. juris l. 2. verſ. nec cuiquam D. de his qui ſui vel alieni juris ſunt.* Et in omnibus rebus, quę dominium transferunt, affectum ex utraq; parte contrahentium concurrere oportere, *l. in omnibus 55. D. de obligat. & action.* Reſp. hæç in contractibus præcipuè obtinere: non autem in iis quę à lege, ſivè vi & poteſtate legis fiunt: atque adeò (ut cum Ariſtotele loquar, *lib. 5. ethic. cap. 2.*) ad συνάλλαγμα ἑκούσιον non autem ἀκούσιον pertinere. Quinimo dici poteſt negligentiam domini, quoddam quaſi factum eſſe, *l. qui non facit 121. D. de regulis juris*, Et cum pœnâ negligentiæ quaſi contrahere ac in eam conſentire, qui negligentiam committit, *arg. l. ſi rerum 52. D. de re judicata.*

Eodem ſenſu quo alienare rem dicitur, qui eam per negligentiam ſuam uſucapi patitur, *l. alienationis 28. in prin. D. de verb. ſignif. l. ſi fundum 16. D. de fundo dotali.* Cum itaque dominium vi & effectu legis transferatur, idque in pœnam publicè pernicioſæ domini negligentiæ, illudque poſſeſſor non tam acquirat, quam ei adjiciatur, *l. 3. D. de uſurpat. & uſucap.* facile etiam intelligitur, nihil ad hanc rem facere regulam: Quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris, *Matth. 7. verſ. 12. tot. tit. D. quod quiſque juris &c.*

Objicies quod nemo locupletari debeat cum alterius jacturâ & detrimento, *l. nam hoc natura 14. D. de condict. indebit. l. jure naturæ 206. D. de reg. juris. cap. locupletari 48. de reg. juris lib. ſext.* Reſp. uſucapientem nō locupletari cum domini jactura;

ra: Est enim lex quæ dominium rei legitimo tempore possessæ priori domino ob negligentiam suam adimit, & possessori adjicit: hinc usucapio adjectio dominii dicitur, *l. 3. D. de usurpat. & usucap.* Atqui quod lex vel magistratus tribuit, justè quis accipit, *l. juste 11. D. de acq. vel amitt. possess. l. qui auctore* 137. *D. de reg. juris.* Si dominus injuste sibi ablatum conqueratur, negocium ipsi potius cum lege vel magistratu est, quam possessore: At quis dicet legem injuriâ aut læsione aliquâ eum afficere, quem ob justam caussam & pro modo delicti sui punit? cum qui coercetur melior reddatur & ipsius exemplo plures alii, *l. capitalium* 28. §. *famosos* 15. *D. de pœnis.* ita ut hic obtineat regula: damnum quod quis sua culpa sentit, sentire non videtur, *l. quod quis* 203. *D. de reg. juris.* nec refert an quis sciat rem suam ab aliquo possideri: an verò ignoret: nam & hic negligens est, saltem quod non diligentius in rem suam inquirat bonoque publico æque ac sciens noceat, *arg. l. 1. D. de usurpat.* §. 1. *Instit. de usucap.* Quinimo licet quis admitteret usucapientem aliquo modo cum jacturâ pristini domini locupletari: respondere tamen posset, hoc bono publico fieri, ne rerum dominia diu & ferè semper in incerto essent, *l. 1. D. de usurp. & usucap.* bonum autem publicum, licet privatus incommodo aliquo afficiatur, nihilominus promovendum & præcipuè attendendum esse, *l. utilitas 4. Cod. de primipilo. l. unic.* §. *hæc autem omnia. Cod. de Caducis tollendis. Auth. res quæ. Cod. communia de legatis.* Hinc illud Ciceronis: *Salus populi suprema lex esto lib. 2. de legibus.*

Si reponas, fieri quidem posse & debere, quod expedit, non autem reprobato medio, *arg. c. forte 3. & c. neque 7. caussa* 14. *quæst.* 5. negabo usucapionem tale medium esse. Qui rem alicujus sine lege & judicii ordine aufert, licet deinde totam in pauperes eroget, attamen peccat, *d. c. forte 3. & c. neque* 7. uti

etiam qui rem ſuam vel ſibi debitam ab adverſario propriâ au-ctoritate arripit, §. 1. *Inſtit. de vi bonorum raptorum l. ſi quis in tantum 7. Cod. unde vi l. extat. 13. D. quod metus cauſſa l. non eſt ſingulis 176. D. de reg. juris.* At in uſucapione lex ex juſtâ cauſſâ publicè pernicioſam domini negligentiam coercet, ſublatiſque litium aliiſque incommodis poſſidenti ſecuritatem tribuit. Ut vel hinc facile conſtet totum hoc negocium à furto ſimili-ve iniquitate diſtare.

Si putes uſucapionem impium & iniquum præſidium ab ipſo Juſtiniano vocari, *Novell. 9. circa medium.* error eſt: loquitur enim de iis qui uſucapione vel præſcriptione ſe tueri ſtudent, cum tamen necdum tempora, quæ ad uſucapionem vel præſcriptionem juſtè requiruntur, elapſa ſint, quos propterea iniquos homines vocat & peccare ait: quapropter ſubjicit: *nec improbâ temporis allegatione ſeſe tueatur, tempus pro puritate prætendens.* Agit enim de uſucapione vel præſcriptione rerum ad Eccleſiam Romanam pertinentium, quæ breviori tempore impleri non debet, quam uſucapio vel præſcriptio rerum ad Eccleſiam Conſtantinopolitanam pertinentium. Quinimo uſucapionem pium remedium eſſe, colligi poteſt ex *l. ult. verſ. ult. ibi. noſtræ pietati placuit. Cod. de fundis patrimonialibus lib. 11.*

Objicies quod tempus non ſit modus introducendæ vel tollendæ obligationis *l. obligationum 44. §. 1. verſ. placet. D. de obligat. & actionibus*, uti nec adimendi transferendi-ve dominii. Reſp. uſucapionem à lege & diſpoſitione juris civilis hanc poteſtatem habere, *prin. Inſtit. de uſucapionibus l. 1. D. de uſurpationibus & uſucap.* concurrentibus juſto tempore aliiſque legitimis requiſitis, de quibus *in tit. Inſtit. de uſucap. l. unic. Cod. de uſucap. transform. tot. tit. Cod. de longi temporis præſcript. 10. vel 20. annorum.*

Si

Si dicas æquum non esse benevolentiam domini, ad ipsius damnum detorqueri. Resp. hoc verum esse, cum quis precario vel commodato rem aliquam accepit, quam secum detinet, *l. 1. in prin. D. de precario. tot. tit. D. Commodati.* non autem cum quis rem possidet, præcipue, ut in usucapione, bona fide & ex caussa habili ad transferendum dominium, *prin. Inst. de usucap.* nec ulli alii ullum jus competere agnoscit, sed suo jure, & non ex alterius ullius beneficio re utitur-fruitur: tum enim is qui se dominum putat advigilare debet, ne negligentia sua publico bono noceat puniendaque veniat, *l. 1. D. de usurpat. & usucap.*

DUBITATIO XL.

An quod jure civili usucapio legitimè cæpta per supervenientem possessoris malam fidem non interrumpatur, bono & æquo adversetur?

JUre civili ad usucapionem legitimam bona fides requiritur, *prin. Instit. de usucap. l. si aliena 10. l. Celsus 27. D. de usurpat. & usucap. l. qui fundum 7. §. qui bona fide 4. D. pro emptore l. bonæ fidei 48. in prin. D. de acquir. rer. domin. l. unic. Cod. de usucap. transform.* ne ullus ad delinquendum invitetur, remque alienam dolo malo contrectet affectet-ve, ac ita malitiis indulgeatur. Quod si salvâ hac ratione aliquis sciens alienum justè possidere incipiat, usucapere poterit: veluti cum servus alienus scienti alienum esse, à bonæ fidei possessore noxæ deditus est, *l. & generaliter 28. D. de noxalibus actionibus.*

Enimvero possessoris, qui semel bonâ fide & justo titulo possidere incepit, superveniens mala fides usucapionem legitimè inchoatam non interrumpit, *l. unic. in fine Cod. de usucap. transformanda, l. cum heres 11. D. de diversis & tempor.* præ-

præscript. §. *Diutina* 12. *Instit. de usucap.* si enim publicè perniciosa domini negligentia sufficiens caussa sit, ob quam lex dominium auferre sibique quasi quærere potest, *arg. l.1. D. de usurpat. & usucap. prin. Instit. de usucap.* poterit idem quoque ei cui cupit adjicere: cum de re sua pro arbitratu suo quisque disponat, *l. in re mandata* 21. *Cod. mandati*, adeò ut, naturâ usucapionis bene perpensâ, vix ac ne vix quidem possessoris conditio attendatur; nisi quod ei dominium adjiciatur, *prin. Instit. de usucap. & l. 3. D. de usurpat. & usucap.*

Objicies possessoris bonam fidem requiri, *d. prin. Instit. de usucap. l. si aliena* 10. *l. Celsus* 27. *D. de usurpat. & usucap.* Et ut justo titulo rem nactus sit, *d. prin. in verb. rem emerit. l. Celsus* 27. *D. de usurpat. l. nullo* 24. *Cod. de rei vindicat. l. servum* 22. *Cod. familiæ ercis. l. ult. Cod. ne de statu defunctorum l. unic. Cod. de usucap. transform. in verb. ut in omnibus justo titulo l. diuturna* 4. *Cod. de præscrip. longi temp.* Resp. hoc ob eam tantum caussam constitutum esse, ne quis alienum contrectet affectet-ve: & cujus rei dominium per usucapionem sibi à lege adjectum iri sperat, sine ullo vitio possidere incipiat. Quinimo nec hoc absolutè & simpliciter procedit, sed tum cum propter brevioris temporis negligentiam: veluti trium annorum, si res mobilis sit, decem vel viginti, si immobilis, dominia rerum auferuntur adjiciunturque, *d. prin. Instit. de usucap. l. unic. Cod. de usucap. transform. l. ult. Cod. de præscript. longi temp.* non cum ob longioris: triginta scilicet vel quadraginta annorum. tanta enim negligentia facilè promeruit ut, dominium aliud-ve jus ex auctoritate juris civilis adimatur, eique qui eo tempore possedit, non attento ejus initio, adjiciatur, *l. sicut* 3. *& l. seq. l. si quis* 8. §. 1. *in fine Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor. l. ult. in fine Cod. unde vi & Novell.* 119. *cap.* 7. *in fine.*

Dices ad usucapionem & præscriptionem requiri, ut non inter-

interrupta fuerit possessio, *l. ad tempus 14. l. possessio 20. D. de usurpat. & usucap.* Resp. hoc non tam ex possessoris persona desiderari, quam ad arguendam domini negligentiam, qui tanto tempore in rem vel jus suum non inquisiit, *arg. l. 1. D. de usurpat. & usucap. prin. Instit. eod.* Atque hoc sensu Episcopus qui locum alterius diæcesis ad fidem convertit, præscriptione trium annorum contra illius loci Episcopum utitur suæque diæcesi eum adnectit, *cap. 1. ext. de præscriptione.* Nam ad arguendam unius negligentiam ac remunerandam alterius in re tam sacrâ & favorabili diligentiam, potuit sancta Synodus locum uni auferre & alteri addicere.

Enimverò quamvis hæc omnia utroque jure justè constituta sint, non tamen dominio alicujus rei possessæ dignum censuit summus Pontifex, qui eam ante usucapionem impletam ad alium pertinere rescierit, *cap. ult. ext. de præscriptione, cap. possessor 2. de reg. juris lib. sext.* Quod quia clementius videbatur, communis schola hactenus secuta est, *Afflictus decis. 368. n. 10. Couvarr. in cap. possessor 2. de reg. juris lib. sext. part. 2. relect. §. 8. n. 4. Guido Papa consil. 91. n. 5. Gail lib. 2. obs. 18. n. 7. Mynsing. cent. 4. obs. 6. Ant. Gabrielius lib. 5. com. conclus. tit. de præscript. conclus. 1. n. 57. Fachin. lib. 1. controv. cap. 63. Balbus de præscriptionibus 2. part. tertiæ principal. quæst. 13. n. 1. Vasquius 2. illustr. controvers. cap. 79. n. 19. & cap. 81. n. 10. Pinel. in auth. nisi trecennalis Cod. de bonis maternis n. 56. Cravetta de antiq. tempor. part. 4. vers. materia n. 19.*

DUBITATIO XLI.

An is, qui post usucapionem vel præscriptionem legitimè impletam primum rem alienam fuisse cognoverit, eam, saltem in foro conscientiæ veteri domino restituere cogatur?

EUm, qui post usucapionem vel præscriptionem legitimè impletam primùm rem alienam fuisse cognovit, jure civili eam veteri domino restituere non debere, certum est, *arg. prin. & tot. tit. Instit. de usucap. l. 1. l. 3. D. de usurpat. & usucap. l. unic. Cod. de usucap. transform. cum similibus.* quemadmodum nec jure Canonico, *arg. cap. 1. & 2. ext. de novi operis nuntiat.* Sed an conscientiæ suę satis consulat, dubitatur. Placet mihi communis Doctorum sententia quæ hoc affirmat. *Glossa & Panormitanus in c. vigilanti 5. ext. de præscript. Balbus tractat. de præscrip. 2. part. 3. principal. quæst. 9. n.* 3. *& 4.* quam etiam secuti Dom. Soto *lib. 4. de Iustitia & jure quæst. 5. artic. 4.* Couvarruvias *in cap. possessor part.* 3. *relect.* §. 2. Leonard. Lessius *lib. 2. de Iustitia & jure cap. 6. dubitat. 17. num.* 50. *& seq.* Fachineus *lib. 1. controvers. cap.* 64. Nam ipsa lex negligentem dominio rei suæ mulctat, illudque possessori adjicit, *l. 1. l. 3. D. de usurpat. & usucap. prin. Instit. de usucap.* ea autem lex justa est, uti supra probavi: at qui ex auctoritate justæ legis possidet, tutus, etiam in conscientiâ est, *D. Paulus ad Rom. cap. 13. vers. 1. & seqq.* Rerum enim nostrarum dominia magis in justarum legum potestate sunt, quam nostrâ propriâ, *arg. l. 2. D. de legibus l. justè* 11. *D. de acquir. vel amitt. possess. l. qui auctore* 137. *D. de reg. juris.* ne alioquin admittere cogamur omnes qui ex bonis damnatorum à fisco emunt, vel res hostibus ereptas justo titulo nacti sunt, non satis tutè eas retinere posse. quod absurdum est. Unde usucapta res non amplius veteris

domi-

domini eſt, ſed ejus qui ex auctoritate legis eam conſecutus eſt, *d. l. 1. & l. 3. D. de uſurpat. & uſucap.*

Si dicas neminem res alienas vel alii debitas bonâ conſcientiâ retinere poſſe, *c. peccatum 4. de reg. juris lib. 6. cap. filius noſter 5. ext. de teſtamentis*; Legi divinæ, uti etiam gentium & civili furtum & rei alienæ concupiſcentiam adverſari, *Exod. cap. 20. verſ. 15. & 17. §. 1. Inſtit. de oblig. quæ ex delict. naſcuntur.* Sine malâ fide prorſus non eſſe, qui rem, quam uſucepit, detinet, ſciens cujus fuerit. Reſp. rem uſucaptam non amplius alienam alii-ve debitam eſſe, ſed propriam ejus qui uſucepit: non enim alienum eſt, inquit Auguſtinus, quod jure poſſidetur, *in c. quid dicam 11. circa finem cauſ. 14. quæſt. 4.* proinde nullum furtum fieri nec alienum appeti, *arg. §. 1. Inſtit. de obligat. quæ ex delict. l. 1. D. de furtis.* malam-ve fidem adeſſe: cum mala fides ſit alienæ rei ſcientia, *§. de iis 4. verſ. deinde quia ſcit. Inſtit. Per quas perſonas cuique acquiritur. l. ſi ab eo 12. l. non ſolum 33, §. 1. D. de uſurpat. & uſucap. l. qui fundum 7. §. qui ſciens 5. D. pro emptore. l. item veniunt. 20. §. petitam 11. D. de hereditat. petit. l. 2. Cod. eod. l. ult. & ibi. Bartolus Cod. unde vi. c. ſi virgo 34. quæſt. 2.* nec uſucapientem & retinentem rem cum ullius jacturâ locupletari: neque alii facere quod ſibi fieri nollet; uti probavi ſupra.

Objicies actum vitiari, cum pervenit ad eum caſum; à quo incipere non poteſt, *arg. l. exiſtimo 98. in fine principii. D. de verb. obligat. l. pro parte 11. D. de ſervitut. l. qui in eum 16. D. ſervitut. l. qui in eum 16. D. ad leg. Aquil. l. 3. in fine D. de his quæ pro non ſcriptis habentur.* Reſp. illud axioma non procedere, quando actus jam eſt perfectus & conſummatus: Tunc enim impedimentum ſuperveniens non nocet, *arg. l. pluribus 140. §. etſi placeat, ibique Bartolus D. de verb. oblig.*

Atque ita nihil etiam obſtat regula: quod ceſſante cauſſâ

necessariâ vel finali cessare debeat etiam effectus, *cap. cum cessante 60. ext. de Appellat. cap. cum infirmitas* 13. *ext. de pœnit. & remiss. l. adigere 6. §. quamvis D. de jure patronatus l. ex facto 43. in prin. D. de vulgar. & pupill. substit.* quia procedit ante, non post effectus consummationem. *arg. l. qui res 98. §. aream 8. D. de solutionibus l. sancimus 25. ibi, non enim debet quod rite & secundum leges ab initio actum est, ex alio eventu resuscitari. Cod. de administrat. tutor. cap. factum legitimè 73. D. reg. juris lib. sext.*

DUBITATIO XLII.

An, donatione facta sub modo, donator eo non completo rem donatam revocare possit?

DOnatione facta sub modo, si is non impleatur, potest donator vel ad id quod interest agere, *l. si ita quis* 135. *§. ea lege donatum* 3. *D. de verbor. obligat.* vel condicendo rem suam repetere, *l. si ut proponis 2. cum l. seq. l. cum ancillam* 6. *Cod. de condict. ob causam datorum l. 1. in prin. D. eod.* Est enim negocium innominatum quod condictionem caussa data caussa non secuta admittit, *tot. tit. D. de condict. caus. dat. caus. non secuta.* Sed vindicatione sive directa sive utili donator rem donatam persequi non potest; proinde nec tertium possessorem, in quem fortè medio tempore donatarius èam contulit, inquietare, *d. l. cum ancillam* 6. *Cod. de condict. ob caussam datorum. arg. l. si ut proponas 2. Cod. eod. Couvarr. lib. 1. variar. resolut. cap. 14. n. 4.* Quod tamen non procedit ubi quis ea lege res suas donavit, ut à donatario aleretur; idque speciali alimentorum favore, *l. 1. Cod. de donationibus quæ sub modo &c. ibi, vindicationem etiam in hoc casu utilem &c.* Et post pauca, *vindicationem quoq; divi Principes in hoc casu. &c.* Neque referre puto, an quis rem

rem suam Ecclesiæ, an alii alicui donaverit: nam exceptio hæc in alimentorum favore fundata nullum respectum ad donatarii personam habet, *l.* 1. *Cod. de donat. quæ sub modo &c.*

Nihil obstat *cap. verum* 4. *ext. de conditionibus appositis*. Quia ibi donator Ecclesiæ non donaverat apposito modo, ut ab Ecclesia aleretur, sed alio communi quodam: verba pontificis hæc sunt: *verum cum alicui Ecclesiæ possessio qualibet interposita conditione donatur, à donatore donum postea revocari non potest.*

Quod autem subjicit: *nisi forte tali sit conditione collatum, quod eâ cessante, debeat revocari.* non de vindicatione intelligo, sed condictione, *arg. l. si ut proponis* 2. *Cod. de condictione ob caussam datorum*, in verbis: *Donavit, ut creditoribus ipsa satisfaceret, ac si placita observata non essent, donatio resolveretur, eaque contra fidem negocii gesti versata est: non est iniquum, actionem condictionis ad repetitionem rerum donatarum tibi, qui patri successisti, decerni.* Pactum enim tale insufficiens est, ut dominio rei donatæ quasi ipso jure Ecclesia excidat, & donator recuperet, *arg. l. traditionibus* 20. *Cod. de Pactis.*

Illud ergo duntaxat favore Ecclesiæ Pontifex constituit in *d. cap. verum* 4. *ext. de conditionibus appositis*, ut, si forte negligentia Prælati modus donationi adjectus non impleatur, condictio rei donatæ non competat, sed solum agi possit, ut vel modus impleatur, vel id quod interest præstetur, *arg. l. si ita quis* 135. §. 3. *D. de verb. obligat.* nisi convenerit, ut, modo non impleto, donator rem suam condicere possit, *d. cap. verum* 4. *ext. de conditionibus appositis. Paulus Castrensis in l.* 1. *Col.* 2. *D. de donationibus. Couvarruvias post multos quos citat lib.* 1. *variar. resolut. cap.* 14. *num.* 4. Ratio hujus favoris est, quod, qui Ecclesiæ donat, præsumatur majori affectu & amore in eam ferri, quam communem aliquem modum donationi adjectum; ac proinde donationem firmam illibatamque esse cupit

pit & ad modi implementum agi, *arg. l. Mævia 44. D. de manumißis testamento.*

Ne putes quod *cap. verum 4. ext. de Condit. appositis*, tali modo expositum conveniat cum jure communi, *arg. l. si ut proponis 2. Cod. de condictione ob caussam datorum.* Quia species facti de qua consultus Imperator, tale pactum continebat. Idem proculdubio respondisset etiam eo non adjecto, *l. ea lege 3. §. cum ancillam 6. Cod. de condictione ob caussam datorum. l. 1. & tot. tit. D. de condictione caussa data caussa non secuta.*

DUBITATIO XLIII.

An Donatio omnium bonorum valeat? & an propter supervenientes liberos revocari queat?

DOnatio omnium bonorum valet, non solum præsentium, *l. si quis 35. §. sed & si quis 4. in verbis: vel etiam totius. & §. sed siquidem 5. Cod. de donationibus, in verbis: & necessitatem habeat donator omnimodo vel res vel partem substantiæ quam nominaverit, vel totam substantiam tradere. Accedit l. si unquam 8. Cod. de revocand. donat. ibi: bona omnia.* Sed etiam futurorum, *arg. l. spem 3. l. si quis 35. §. 1. Cod. de donation. l. si rerum 2. Cod. de donat. quæ sub modo l. in ædibus 9. §. 1. D. de donationibus.* Quia quilibet rerum suarum moderator est & arbiter, *l. in re mandata 21. Cod. mandati l. 2. D. si à parente quis manumissus sit l. nemo 9. Cod. de Iudæis & Cælicol.*

Objicies quod donatio debeat ex præsenti valere, *arg. §. 2. Instit. de donat.* Resp. & hanc ex præsenti valere; quamvis petitio ex eâ suspensa sit, *arg. l. usus fructus 26. D. de stipulat. servor.*

Objicies quod hæc donatio liberam impediat testamenti factionem. Resp. non impedire: nam & is, qui nihil proprii habet, testamentum facere potest; Maximè si velit filio suo

pupil-

pupillariter ſubſtituere, vel ipſi tutorem dare: quod neutrum niſi in teſtamento facere non poteſt, *l.* 2. §. *prius* 4. *D. de vulg. & pupill. l.* 3. *D. de teſtament. tutel.* Quinimò & de rebus alienis quis teſtari poteſt. Porrò teſtari vel non teſtari liberæ voluntatis eſt: at hic donator ipſo facto declarat, quod teſtamentum facere nolit. Denique quamvis actus vel pactio jure non valeat qua directò teſtandi libertas tollitur, *arg. l. ſtipulatio* 61. *D. de verb. obligat. l. pactum* 15. *Cod. de pactis l. ex eo* 4. *Cod. de inutilibus ſtipulat.* nihil tamen impedit quominus hoc per conſequentias fiat, *arg. l.* 1. *in prin. & l.* 7. *D. de auctoritat. tutor.* veluti cum paterfam. ſeſe arrogari, §. 1. *Inſtit. de Adoptionibus.* aut major viginti annis ad participandum de precio ſeſe venundari patitur, §. *ſervi* 4. *in fine Inſtit. de jure perſonarum*, vel monaſterium ingreditur, *Novell.* 5. *de monachis.* Textus *in prin. Inſtit. quibus non eſt permiſſum facere teſtam. l. qui in poteſtate* 6. *l. qui teſtamentum* 20. §. *ſervus* 7. *D. eod. Auth. ingreſſi Cod. de SS. Eccleſiis.*

Objicies quod nemo in eum ſtatum poni debeat, ut nihil habeat habituruſ-ve ſit; atque adeò miſerè cogatur vivere. Reſp. donatorem ex liberalitate ſua conventum in id duntaxat quod facere poteſt condemnari; ne egeat, *l. ſi extraneus* 33. *D. de jure dotium l. inter eos* 19. §. 1. *l. cum ex cauſſa* 30. *l. nec liberalitate* 50. *D. de re judicata, l. in condemnatione* 173. *in prin. D. de reg. juris.* etiam qui omnia ſua bona donavit, *d. l. cum ex cauſſa* 30. *D. de re judicata.*

Oppones quod hæc donatio vim teſtamenti haberet, quod abſurdum: cum nullæ in eâ ſolennitates requirantur: vel alioquin eæ quæ teſtamento adhibentur ſupervacaneæ videantur: aut ſaltem per hanc donationem iis fraus fieri poſſit. Reſp. ultimas voluntates à negociis, quæ inter vivos celebrantur, plurimùm differre, *l.* 1. *Cod. de SS. Eccleſiis.* Ad hanc donationem, quam-

quamvis ab anxiâ solemnitate liberam, homines difficulter admodum accedere, quia statim firma est, nec revocari amplius potest, §. *aliæ 2. Instit. l. si quis* 35. §. *ult. Cod. de donation.* quod secus in ultimis voluntatibus. Porro ab omni solennitate hanc donationem liberam non esse: si enim quingentos solidos excedat, insinuationem requirit, *d.* §. *aliæ 2. in fine Instit. de donat. l. pen.* §. *ult. Cod. eod.*

Infirmari tamen hæc donatio potest. I. Si inofficiosa sit, *tot. tit. Cod. de inoffic. donat.* II. Si donatarius erga donatorem ingratus extiterit, *l. ult. Cod. de revocandis donat.* §. *aliæ 2. Instit. de donationibus.* III. Si in fraudem creditorum facta sit, *l. quod autem* 6. §. *simili modo* 11. *l. omnes debitores* 17. §. *Lucius* 1. *D. quæ in fraudem creditor.* IV. Si quingentos solidos excedat, nec in publica acta relata sit, §. *aliæ 2. in fine Instit. de donationibus l. pen.* §. *ult. Cod. eod.* tunc enim usque ad 500. solidos duntaxat valet, *d. l. pen.* §. *ult.* V. Si libertus donando minorem centenario se in fraudem legis fecerit, *l. si libertus* 16. §. 1. *D. de jure patronatus.* VI. Si patronus, cum hanc donationem fecit, liberos primùm susceperit, *l. si unquam* 8. *Cod. de revocandis donationibus.*

At difficilius determinatu videtur; Num donatio omnium bonorum liberis posteà natis non solum à patrono, qui eam liberalitatem erga libertum exercuit, sed etiam alio quovis donatore revocari queat? Quod ego affirmo, *arg. l. si unquam* 8. *Cod. de revocand. donat.* & quia verisimile non est, parentes voluisse alienas successiones propriis anteponere, *l. cum acutissimi* 30. *D. de condit. & demonstrat. l. generaliter* 6. §. 1. *Cod. de Instit. & substitut.* cum naturæ simul & parentum commune votum esse dicatur, ut liberos suos habeant successores, *l. cum ratio* 7. *in prin. D. de bonis damnatorum. l. nam & si* 15. *in prin. D. de inoffic. testam. l.* 7. §. *fin. D.*

si ta-

si tabulæ testam. nullæ extab. l. nihil interest 50. §. 2. *D. de bonis libertorum.* Itaque non videtur eo animo fuisse donator, ut si liberos susciperet, donatarius in re lautâ esset; liberi verò fame & inopiâ perirent; ut penè ipsis mors solatium & vita supplicium sit, *arg. l. quisquis* 5. §. 1. *in fine Cod. ad l. Iuliam majestatis.* Idque etiam cum ipsius donatoris familiæque suæ non levi opprobrio, *arg. Novell.* 18. *in fine prin. & cap.* 3. Quid iniquius, quam debitum vitæ subsidium iis auferre & ad mendicitatem cogere, quos nullum crimen, nulla omninò culpa contingit? *d. Novell.* 18. *in fine prin. & cap.* 3. *l. cum ratio* 7. *in prin. D. de bonis damnatorum.* Quid liberis luctuosius, quam & parentem amittere, & omnem præterea substantiam, *arg. l. jure* 6. *in prin. D. de jure dotium.* Videtur sanè donatio facta, quia liberos donator non haberet: unde ex ipsius mente injicienda est liberalitati factæ tacita conditio: non quidem, ut, si liberi nulli nascerentur, firma donatio esset: sed, si nascerentur, infirmaretur, *arg. d. l. cum avus* 102. *D. de condit. & demonstrat. l. cum acutissimi* 30. *Cod. de fideicommissis. l. stipulationem* 21. *D. de jure dotium.* cum plerumque id accidit, ut extra id, quod ageretur, tacita obligatio nascatur, *l. is qui* 13. §. *ult. in fine D. Commodati.*

Objicies *l si unquam* 8. *Cod. de revocandis donat.* quæ de patrono & libertis tantum concepta est, in quibus singularis ratio reddi possit ob collatam à patrono libertatem, *l. libertas* 106. *l. non est* 176. §. 1. *D. de reg. juris l. Paulus* 39. §. *ult. D. de fideicom. libertat. tot. tit. D. de obsequiis parentibus & patron. præstand. tot. tit. D. de operis libertorum tot. tit. D. de bonis libertorum.* Resp. quod Imperatores in *d. l. si unquam* 8. nullam suæ Constitutionis rationem expresserunt: quas autem ego attuli, sufficientes sint, ut omnium bonorum donatio à quocunque facta infirmari possit: quamvis negari non possit illis &

alias

alias addi posse, si patronus,qui omnia sua bona libertis donavit, liberos susceperit: sed ad has magis, quam illas, Imperatores in *d. l. si unquam 8.* respexisse, neque probari potest, neque etiam probandum suscipi debet: cum quia supra positæ rationes ad hanc decisionem faciendam sufficiunt: tum quia ubicumque naturalis æquitas, aut dubitatio aliqua intervenit, toties in mitiorem sententiam, & quod minus ab ipsâ æquitate, amore naturali ac voto deflectit, inclinamus, *l. in ambiguis 85. §. ult. D. de regulis juris l. placuit 8. Cod. de Iudiciis l. nec in ea 22. §. ult. D. ad legem Iuliam de Adulter. Novell. 84. in prin.* ne alioquin sub auctoritate juris scientiæ perniciose erretur, *l. si servum 91. §. sequitur 3. D. de verbor. obligat.*

Objicies, quod quoties lex de certis personis loquitur, quibus aliquid beneficii tributum vult, ad alias personas non pertineat, *l. si verò 64. §. pen. D. soluto matrim. l. quod constitutum 21. D. de testam. milit.* Resp. quod quoties in aliquâ caussâ legis sententia manifesta est, is, qui jurisdictioni præest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debeat, *l. non possunt 12. D. de legibus.* Quoties inquam lege aliquid, unum vel alterum introductum est: bona occasio est, cætera, quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certè jurisdictione suppleri, *l. nam ut ait 13. D. eod.* Quod attinet ad *l. si verò 64. §. pen. D. soluto matrim:* Resp. eam ad socerum non pertinere: quia in eo deficiebat ratio, quæ ipsam dictaverat, ac proinde legislatoris voluntas. Quod idem respondeo ad *l. quod constitutum 21. D. de testam. milit.* At in alio, præter patronum, donatore voluntatem legislatoris deficere nego.

Objicies quod in *d. l. si unquam 8. Cod. de revocandis donat.* contineatur jus novum, constitutum contra manifestam rationem juris communis, *l. sicut 5. Cod. de obligat. & action. cum similibus.* ut interpretis non sit ad alios casus & donato-

res

res extraneos id producere, *l. quod verò 14. D. de legibus.* Resp. illud falsum esse: latuit enim ab omni ævo in visceribus ipsius boni & æqui, è quibus illud eruerunt Imperatores in *d. l. si unquam 8.* Quod idem dicitur de Papiniani responso in *l. cum avus* 102. *D. de conditionibus & demonstrat.* quod tamen non ideò minus ad omnes casus, quibus eadem pietas subest, extenditur, *arg. l. cum acutissimi 30. Cod. de fideicom. l. generaliter 6. §. 1. Cod. de Instit. & substit.* Ad regulam, quæ in *l. sicut. 5. Cod. de obligat. & action.* habetur. Resp. eam suis exceptionibus obnoxiam esse: uti manifestè patet ex iis quæ libro 1. dubitatione *38.* disputavi. Nihil quoque movet *l. quod verò 14. D. de legibus.* Quia falsum est legem *si unquam 8.* contra rationem juris receptam esse: cum eâ ipsum bonum & æquum contineatur.

Dices nullum esse locum in jure civili qui de jure revocandi donationem propter liberos donatori postea natos loquatur. Resp. esse legem *si unquam 8. Cod. de revocandis donat.* & manifestam æqui bonique rationem, de qua supra. Denique ex quo quæso juris loco responsum suum formavit Papinianus in *d. l. cum avus* 102. *D. de conditionibus & demonstrationibus?* Ut non dicam signum dementiæ esse laborare super inveniendo textu ubi naturaliter sapimus.

Objicies *c. quicunque. ult. 17. quæst. 4:* Resp. quod cum ait Augustinus: *in potestate habebat Episcopus non reddere, sed jure fori non jure poli.* per jus fori non civile Romanum, sed quod favore Ecclesiæ contra illud & manifestam boni & æqui rationem irrepserat, intelligere.

Objicies quod perperam ad præsentem casum trahatur species *l. cum avus* 102. *D. de condit. & demonstrat. l. cum acutissimi* 30. *Cod. de fideicommissis.* maximè cum in eâ sit ultimæ voluntatis dispositio; hic autem de negocio inter vivos gesto

agatur. Resp. speciem illarum legum tantum argumentum ex pari æquitatis & pietatis ratione petitum subministrare;nec omne, quod circa dictas leges dici posset, (præsertim quibus dispar ratio subest) ad hunc casum trahendum esse; cum quæ in uno, non statim in omnibus conveniant: illa duntaxat omnia hic dici, quæ circa donationem à patrono libertis factam occurrunt: à dispositione testamentaria, utpotè favorabili, minus quam à negocio inter vivos celebrato recedi; recedi tamen favore liberorum postea natorum; qui idem hoc casu militat: quare non tam anxiè hic quæri debere, num ultima voluntas, an donatio facta sit; cum,liberis postea natis, non tam donator à donatione recedat, quam per ipsam legem ea infirmetur, idque favore & contemplatione liberorum postea susceptorum: qui propterea, defuncto patre antequam ex hâc caussâ ageret,remedio dictæ legis *si unquam 8*.uti possunt.

Ex his omnibus patet,quod quamvis piam hanc sententiam tueamur, nihil tamen in jure Canonico occurrat, ex quo jus civile labefactari possit.

DUBITATIO XLIV.

An testamentum solemne sit contra jus divinum?

JUre Romano in Testamento solemni tum scripto, tum nuncupativo, septem testium ad id specialiter rogatorum, nec contra voluntatem suam detentorum præsentia requiritur, §. *sed cum paulatim.3.cum* §. *seq. Instit. de testamentis ordinandis l. heredes* 21. §. *in testamentis* 2. *D. qui testam. facere poss. l. hac consultissima 8. Cod. qui testam. facere possunt l. si unus* 12. *l. hac consultissima* 21. *l. in testamentis* 26. *l. cum antiquitas*, 28. §. *cum autem l. nostram* 30. *Cod. de Testamentis.* Quod an juri divino adversetur, vel etiam Canonico correctum

ctum ſit, dubitari ſolet. Peritiſſimi utrumque rectè negant *Couvarruvias de teſtamentis cap. 10. num. 8. D. Thomas ſecunda ſecundæ quæſt. 70. art. 2. Iaſon in l. hac conſultiſſima 21. in prin. n. 4. Cod. de teſtamentis. Iulius Clarus §. teſtamentum quæſt. 57. num. 2.*

Neque obſtat quod jure divino in ore duorum vel trium conſiſtat omne verbum, *Deuteron. cap. 19. verſ. 15. Matth. cap. 18. verſ. 17. Epiſtol. ad Hebræos cap. 10. verſ.* 29. Quia regula illa generalis eſt, à qua hic caſus & alii nonnulli propter communem utilitatem, omnis fraudis remotionem, aliaſque graves ob cauſſas (ut infra dicam) excipiuntur. In toto enim jure generi per ſpeciem derogatur, & illud potiſſimum habetur, quod ad ſpeciem directum eſt, *l. in toto 80. D. de reg. juris.* Præterea lex divina duorum vel trium teſtium non meminit ad excluſionem plurium, ubi negocii qualitas prægnanteſ-ve aliquæ circumſtantiæ eos requirerent, ſed unius: Satis enim iniquum foret unius teſtimonio quempiam condemnari, *l. jurisjurandi 9. §. 1. Cod. de teſtibus.* Unde illud vulgò: vox unius vox nullius, *arg. l. maritus 20. D. de quæſtionibus. Gothofredus ad l.* 14. *D. de dote prælegata & d. l. 9. Cod. de teſtibus.* Quare jus canonicum licet idem juris divini axioma probet *cap. in omni negocio* 4. *& cap. licet univerſis* 23. *ext. de teſtibus.* attamen pro negocii qualitate aliâ-ve ex cauſſâ plurium teſtium fidem ſæpe poſtulat: idque primùm innuit Pontifex in *d. cap. licet quædam ſint cauſſæ, quæ plures, quam duos exigant teſtes: nulla eſt tamen cauſſa, quæ unius tantum teſtimonio, quamvis legitimo terminetur.* & manifeſtè probant, *c. præſul. & c. nullam cauſ.* 2. *quæſt.* 4. ibi ad convincendum de crimine Epiſcopum, teſtes requiruntur 72. Presbyterum Cardinalem 44. Diaconum Cardinalem urbis Romæ 27. Subdiaconum, Acolythum, Exorciſtam, Lectorem, Oſtiarium 7. nulla notati infamia. Imò

in hoc nostro casu Pontifex præter duos vel tres testes præsentiam Parochi desiderat, *cap. cum esses 10. ext. de testamentis.*

Quod præterea in *d. cap. cum esses* 10. *ext. de testamentis* dicitur: *quia vero à divina lege & sanctorum patrum institutis & à generali Ecclesiæ consuetudine id esse noscitur alienum, cum scriptum sit, in ore duorum vel trium testium stet omne verbum, prædictam consuetudinem improbamus.* nihil aliud vult, quam quod consuetudo Hostiensis Ecclesiæ, septem testes in testamento, quinque in codicillis requirens, à Pontifice rectè improbetur: idque primò, quia, cum diœcesis Hostiensis summo Pontifici etiam in temporalibus subjecta sit, *Glossa in d. cap. cum esses* 10. *ext. de testamentis.* habet ipse in ea consuetudinis cujuscunque abrogandæ novique juris condendi facultatem pro arbitratu suo, *l.* 1. *D. de constitutionibus Principum §. sed & quod* 6. *Instit. de jure nat. gent. & civili.* Secundò quia generali Ecclesiæ consuetudine prædictum juris divini axioma, *In ore duorum vel trium &c.* ut ad alia multa, ita etiam ad testamentariam dispositionem productum erat: cui diœcesis Hostiensis sese conformare debebat, *arg. cap. non liceat* 12. *ext. de præscriptionibus. c.* 1. *c. de iis* 13. *distinctione* 12. *Couvarruvias de testamentis cap.* 10. *in prin. & n.* 8.

Præterea nihil adversatur Constitutio Leonis 41. & 43. cum quia Leo solius Orientis Imperator, nec unquam ipsius constitutiones in Occidente admissæ fuerint: tum quia hæ nullâ certâ ratione nitantur.

Quod autem septem testes in testamentis requirantur, ex eo jure, quo olim testamenta per æs libram fiebant, fluxisse videtur, *§. sed cum paulatim* 3. *cum §. seq. Instit. de testamentis ordinandis.* illud enim quinque testes, libripendem & familiæ emptorem præter testatoris personam desiderabat, *d. §. sed cum paulatim* 3. *cum §. seq.* Ideo autem præcisè septem testes necessa-

necessarii sunt, cum quia numerus iste, in re tam seria, & quasi actu publico, variis alioquin fraudibus obnoxio, mediocris visus est, *arg. l. 3. D. qui testamenta facere possunt. §. sed his omnibus 4. Instit. de testamentis ordinandis l. hac consultissima 21. in prin. Cod. de testamentis*, tum quia veteres omnes peculiarem quandam vim septenario illi numero attribuerunt; uti videre licet apud Gellium *lib. 3. Noct. Attic. cap. 10. Laert. lib. 2. de antiquitatibus Græcorum. Andream Laurentium lib. 8. histor. anatom. quæst. 31. Gregor. Nazian. orat. 44.* Hebræi eum numerum libertatis: Pythagorici virginitatis: cæteri perfectionis appellarunt. Quinimo Palladi, vel (ut alii volunt) Apollini consecratus, sacer habitus fuit: ut mirum non sit legumlatores censuisse eum testamentariæ dispositioni, actui huic solemni & quasi sancto, convenire adhiberique debere.

DUBITATIO XLV.

An heredis institutio alterius dispositioni permitti possit?

HEredis institutio in alterius voluntatem conferri nequit, *l. illa institutio 32. D. de heredibus instituendis.* veluti si testator dixerit, *Ego illum heredem instituo quem Titius voluerit.* quare testamentum justa sententia voluntatis nostræ dicitur, non alterius, *l. 1. D. qui testam. facere poss.* Hujusque ratio est, quod jus testamenti per se firmum & certum esse oporteat. *Vlpianus in fragm. Instit. tit. 22. §. incertæ personæ &c.* firmum autem & certum per se non est, quod ex alterius dispositione & arbitrio pendet, *d. l. illa institutio 32. D. de hered. instit.* Enimvero si quis Sempronium heredem instituerit sub hac conditione, *Si Titius in Capitolium ascenderit*: quamvis non alias heres esse possit Sempronius, nisi Titius ascendisset Capitolium, & hoc ipsum in potestate sit repositum Titii: quia tamen scripturâ non est expressa voluntas Titii, erit utilis ea institu-

ſtitutio: quædam enim in teſtamentis ſi exprimantur, effectum nullum habent. quando ſi verbis tegantur, eandem ſignificationem habeant, quam haberent expreſſa, & momentum aliquod habebunt, *l. ſi quis 6 §. D. de heredibus inſtituendis.* juxta illud; expreſſa nocent, non expreſſa non nocent, *l. nonnunquam 52. D. de condit. & demonſtrat.* Præterea in legatis & fideicommiſſis hæc tam ſtrictè non ſervantur: poſſunt enim ex arbitrio & moderationi alicujus tertii committi, licet non præciſæ & abſolutæ voluntati, *l. fideicommiſſa 11. §. quanquam 7. D. de legatis 3. l. 1. §. 1. D. de legatis 2. l. ſenatus 43. §. legatum 2. D. de legatis 1. l. nonnunquam 52. D. de conditionibus & demonſtrationibus Cujac. lib. 2. obſ. 2.* cum enim heredis inſtitutio ſit veluti baſis ac fundamentum totius teſtamenti, *§. ante heredis 34. Inſtit. de legatis.* mirum non eſt eam præ ceteris omnibus, quæ in teſtamento ſcribuntur, certam per ſe & firmam eſſe debere; ut alterius (non dicam, voluntati) ſed nequidem arbitrio & moderationi committi poſſit.

Sed obſtare videtur *cap. cum tibi 13. ext. de teſtamentis.* verba Pontificis hæc ſunt: *Qui extremam voluntatem in alterius diſpoſitione committit, non videtur decedere inteſtatus.* Non rectè dices Innocentium loqui de eo, qui ſuam extremam voluntatem alterius diſpoſitioni committit, ut bona ad pias cauſſas diſtribuat, *arg. l. nulli 28. in prin. & §. 1. & ſeqq. l. ſi quis ad declinandum 49. in prin. & §§. ſeqq. Cod. de Epiſcopis & Clericis.* Quia tali caſu de bonis ſuis ad pias cauſſas teſtator diſpoſuiſſet: Pontifex autem tractat de eo qui de bonis ſuis nihil per ſe ordinavit vel determinavit: unde minus rectè dixeris eum heredem ſub conditione inſtituiſſe: *Si Titius in Capitolium aſcenderit.* Enimverò perlectâ totâ Innocentii epiſtolâ quæ habetur, *lib. 3. Epiſtol. ejus. Epiſt. 38. Antiſidorenſi Epiſcopo.* cujus pars quoque occurrit in *cap. cum tibi 18. ext. de verb. ſignif.* facilè

de

de mente Pontificis constare potest, si sciamus Episcopo facultatem de hereditate clerici, qui intestatus obiit, libere disponendi concessam esse; *d. cap. cum tibi 18. ext. de verb. signif.* at cum eâ subinde Episcopi nimis invidiosè uterentur, placuit Pontifici eam interpretatione suâ omni modo coarctare: proinde interrogatus de illo, *qui in dispositione & voluntate alterius* (verba sunt Epistolæ) *suam committunt ultimam voluntatem, nihil per se penitus ordinantes, nec determinantes quid, cui loco, vel personæ conferri debeat, dicantur decedere intestati?* Respondit, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videatur decedere intestatus: sed hoc non dicit respectu substantiæ ipsius clerici, quasi de eâ per solemne & ritè ordinatum testamentum disposuisset, sed ad exclusionem Episcopi tantum: & in hunc duntaxat finem, ut tertius ille faciat, quod alioquin Episcopus sibi arrogasset. *Fachin. lib. 5. controvers. cap. 57.*

DUBITATIO XLVI.

An ex testamento minus solemni obligatio naturalis nascatur?

AN æquum sit ex testamento minus solemni obligationem naturalem nasci: Et an ea æquitas juri civili cognita sit, pariter controversum est. Ego utrumque affirmo, *arg. l. in testam. 38. D. de fideicommiss. libertat.* Ibi, *in testamento quod perfectum non erat, alumnæ suæ libertatem & fideicommissa dedit.* Deniq; *pios tamen filios debuisse manumittere eam, quam pater dilexisset. pronuntiavit igitur, recte eam manumissam, & ideo fideicommissa etiã ei præstanda.* nõ propter libertatis favorem, uti aliqui volunt, sed parentis voluntatem liberis probè cognitam, licet

juris ſolemnitatibus deſtitutam. Præterea fideicommiſſum teſtamento minus ſolemni relictum & præſtitum, per indebiti condictionem repeti nequit, *l. & ſi inutiliter 2. Cod. de fideicommiſſis.* quapropter naturaliter ſaltem debebatur, *arg. l. naturaliter 13. cum l. ſeq. D. de Condict. indebiti.*

Ne dicas quod heredes indebitum ſcientes ſolverint, & cujus per errorem ſoluti repetitio eſt, ejus conſultò dati donatio ſit, *l. cujus 53. D. de reg. juris l. 1. D. de Condict. indebiti.* Nam ipſe Imperator in *d. l. & ſi inutiliter* rationem ſui reſponſi in voluntate teſtatoris & obligatione naturali ex ea proveniente fundat: Ait enim: *fruſtra ab heredibus ejus de ea re quæſtio tibi movetur, cum non ex ea ſola ſcriptura, ſed ex conſcientia relicti fideicommiſſi defuncti voluntati ſatisfactum eſſe videatur.* Accedit argumentum ex *l. ult. D. de rebus eorum qui ſub tutela l. ult. Cod. de lege Falcidia l. ſi veritas 23. Cod. de fideicommiſſis.* Ut non prætercam quod ſolemnitates teſtamentariæ ex jure civili ſint, *arg. §. ſed cum paulatim 3. cum §. ſeq. Inſtit. de teſtam. ordinandis*, civile autem jus naturalis obligationis nativitatem impedire non poſſit, *arg. §. ult. Inſtit. de legitima agnatorum tutela.* naſcitur enim ex æquitate & pudore naturali, qui inter omnes gentes peræque animadvertitur, nec cum ſolemnitatibus ab hoc vel illo populo ad hunc illum-ve actum requiſitis vel non requiſitis quidquam commune habet. Hinc Plinius *lib. 5. Epiſtol. ad Calviſium*, in hæc verba: *hoc ſi jus aſpicias, irritum: ſi defuncti voluntatem, ratum & firmum eſt: mihi autem defuncti voluntas (verior quam in partem Iuriſconſulti, quod dicturus ſum, accipiant) antiquor jure eſt.* Idem lib. 2. Epiſt. ad Ananium in hunc modum, *Tu quidem pro certa tua diligentia admones me, codicillos Attiliani, qui me ex parte inſtituit heredem, pro non ſcriptis habendos, quia non ſint confirmati teſtamento, quod jus nec mihi quidem ignotum eſt, cum ſit iis etiam notum, qui nihil aliud*

ſciunt.

sciunt. Sed ego propriam quandam legem mihi dixi, ut defunctorum voluntates, etiam si jura deficerent, quasi perfectas tuerer. Constat enim Codicillos istos Attiliani manu scriptos. Licet ergo non sint confirmati testamento, à me tamen ut confirmati observabuntur. Et est communis opinio, ut testantur Grassus, *recept. sentent. §. 1. n. 12. cum seqq.* Vasquius *de success. creat. lib. 1. §. n. 22.* Mantica *de conjecturis ultim. volunt. lib. 2. tit.* 13. *& 14.* Fachineus *lib. 4. controvers. cap. 5.*

Nihil obstat *l. fideicommissum 7. Cod. de condict. indebiti.* quia non de fideicommisso in testamento minus solemni relicto loquitur, sed quod relictum plane non est, relictum tamen putat qui illud solvit: atque ita de fideicommisso neque civiliter neque naturaliter debito.

Nihil etiam adversatur *l. si quis 2. §. 1. D. de condict. indebiti.* Quia non de eo tractat quod solutum est ex testamento solemnitatibus destituto, sed ex testamento quidem solemni, verum quod postea falsum, vel inofficiosum, vel irritum, vel ruptum apparuerit: ita ut hic obtineat regula quæ est in *l. ex his 54. D. de condict. indebiti.*

Objicies *§. penult. in fine Instit. quibus modis testam. infirm.* cum ait: *Nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.* Resp. nullum quidem esse respectu obligationis civilis, non autem naturalis. eodem planè modo respondeo ad argumenta quæ petunt ex *l. hac consultissima* 21. *Cod. de Testam. l. quotiens 6. D. qui satisdare coguntur cap. cum super* 23. *ext. de offic. & potestat. judicis delegati.*

Si dicas eum qui stipulanti non quidem promittit, sed tamen capite annuit, neque civiliter neque naturaliter obligari, *l. 1. §. si quis ita* 2. *D. de verb. obligat.* Ergo nec heredem ex testamento minus solemni. Resp. consequentiam falsam esse. Illo enim casu de mente & voluntate annuentis non constat:

quinimo & aliqui sunt qui præter hominum morem caput inclinantes dissentiunt: uti ex Galeno *lib.2.Decret. Hippocratis & Galeni* refert Duarenus & post eum Gothofredus *ad d. l.1.§.3.* At hoc nostro casu de voluntate testatoris omninò constat.

Dices ex testamento minus solemni non adiri hereditatem; ac proinde heredem nullo modo teneri: cum hereditatem non adeunte herede, nihil valeat quod in testamento scriptum est, *l.si nemo* 181. *D.de reg. juris l.si nemo 9.D. de testam. tut.* Resp. quæstionem nostram intelligi de herede in testamento minus solemni instituto, qui alioquin ab intestato succedere potest. quinimo etiam de extraneo, qui ex testamento solemni adiit, & codicillis minus solemnibus gravatus est.

Hinc facilè colligi potest, naturalem hanc obligationem ex eo nasci, quod heres succedere velit ei, de cujus voluntate & onere per illam ei injuncto (quamvis in dispositione minus solemni) ipse certus est, *arg. l.si quis absentis 7.§. heres 2. D. de obligat. & act.§. heres quoque 5. Instit.de obligat. quæ quasi ex contractu nascuntur.* Ita ut hic etiam quidam quasi consensus heredis reperiatur.

Objicies, *l.si creditoris 17. Cod. de fideicommissis*, argumento ducto à contrario sensu, ex illis verbis, *Si creditoris voluntas jure subnixa liberari te debito volentis doceri potest &c.* Nempe, ut exceptio debitori non competat, si creditoris voluntas jure subnixa non sit. Resp. quod naturalis obligatio, tum primum exceptionem parit, cum is qui excipit rem ex caussa naturalis obligationis accepit: quod de debito, quod, quia à debitore non solvitur, penes ipsum manet, dici nequit. Cui solutioni non obstat *l. in his verò 5.§. Imperator.2. D. de solutionibus*, quia usuræ pacto promissæ, quasi ex pacto debitæ solutæ erant, uti ex fine *d.§. Imperator.* 2. constat.

Leve est argumentum quod ducitur ex *l.si veritas 23. Cod.*

de

de fideicommissis. Nam fateor fideicommissum, cui juris solemnitas deest, non deberi civiliter: naturaliter tamen debetur.

Speciosius est quod opponit Couvarruvias *tractat. de Testamentis cap. 10. n.* 12. cum ait: Lex civilis, quæ testium solemnitatem induxit testamentis, justa est: lex autem justa in animæ judicio est admittenda, *arg. c. quo jure. distinct. 8. Proverb. cap. 8. & Epist. ad Rom. cap.* 13. Resp. eam solummodò legem in animæ judicio admittendam, quę justa est respectu perpetui & immutabilis illius juris, quod Deus in creatione cordibus nostris insculpsit; non autem illius, quod legumlatores, ut fraudibus hominum obviarent, constituerunt. Hoc enim licet in judicio externo semper justum: non ideo tamen in judicio interno semper tutus, qui in eo pręcisè se fundat. Plurimos Judex secundum leges etiam juste ordinatas absolvit, quos tamen propriè damnat conscientia, & è contrario. Hinc ipse Couvarruvias tradit venditionem rescindi ob quamcunque læsionem non posse; idque justè ordinatum esse, *l. si voluntate. 8. Cod. de rescind. vendit.* emptorem tamen qui viliori precio rem comparavit ad supplendum, quod justo deest, in conscientia teneri, *lib. 2. variar. resolut. cap. 4. D. à Soto de Iustitia & jure lib. 6. quæst. 3. art. 1.* Præterea actionem Redhibitoriam, Quanti minoris, De dolo, &c. justè certo tempore circumscriptas esse: quo tamen elapso reum in conscientiâ liberatum non esse, *Couv. ad cap. possessor. §. 11. n. 5. de regulis juris lib. sext.*

Quod ait: testamentum minus solemne rectè nullum sententiâ Judicis declarari, & hereditatem scriptis heredibus justè denegari; ab intestato verò venientibus addici, *l. si post divisionem 4. Cod. de juris & facti ignorant. l. ex imperfecto 3. Cod. de testamentis. §. penult. in fine Instit. Quibus modis testam. infirm.* Eandem sententiam in animi judicio servandam esse, *arg. cap. 2. ext. de majoritate & obedientia. cap. omnis anima ext. de Cen-*

 sibus

ſibus majoris momenti non eſt: ſiquidem, ut ante dixi, nulla conſequentia. Præterea teſtamentum ſolemnitatibus deſtitutum regulariter quidem, non tamen ſemper in animi judicio obligat: quid enim ſi heres ignoret defuncti voluntatem? quid ſi probabiliter de fide teſtium dubitare poſſit? quid ſi pater ob nullam cauſſam, maximam bonorum partem homini admodum diviti & forte per malas duntaxat artes ipſi noto, reliquerit: miſeris verò liberis, ac nihil tale merentibus, ſolum letimam portionem? Atque ita infinitis penè modis contingegire poteſt, hanc judicis ſententiam cum animi judicio convenire; paucis verò diſcrepare; qui Dei judicio relinquendi.

Si dicas abſurdum eſſe jure civili & multo magis Canonico peccatum foveri; nempe cum non agnoſcit teſtamentum quod in judicio animi obligat. Reſp. utrumque jus ſolemnitates teſtamentarias quoad externum, non autem internum forum requirere: neutrum, cum juſtiſſimum ſit, ullum peccatum continere; licet per accidens fieri poſſit, ut quis peccet, qui contra conſcientiam, prætextu juris conſtituti, facit, *arg. cap. inquiſitioni 44. ext. de ſententia excommunicationis.*

Oppones, quod teſtamentum minus ſolemne vigore deſtituatur ob fraudis ſuſpicionem, *arg. §. ſed his omnibus 4. Inſtit. de teſtamentis ordinandis.* Reſp. & ob defectum neceſſariæ ſolemnitatis, *arg. l. ſi unus* 12. *l. hac conſultiſſima* 21. *§. ex imperfecto* 1. *cum §. ſeq. Cod. de Teſtamentis.*

DUBITATIO XLVII.

An valeat legatum rei alienæ?

TEſtator qui rem alienam legat, vel putat eam ſuam eſſe, vel ſcit ad alium pertinere: primo caſu inutile legatum eſt: *Forſitan enim ſi ſciviſſet alienam rem eſſe, non legaſſet,* inquit Impe-

Imperator, *in §. non solum 4. Instit. de legatis.* Sunt enim magis in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis & onerandis heredibus faciliores voluntates, *l. unum 67. §. si rem tuam 8. D. de legat. 2. l. Sticho 36. §. 1. in fine D. de usufructu legato.* Nisi legatum relictum sit personæ proximæ, veluti parenti, uxori, alicui ex consanguineis, aut etiam familiari amico, alii-ve tali personæ, cui verisimile est testatorem legaturum fuisse etiamsi scivisset rem alienam esse, *l. cum alienam 10. Cod. de legatis.* At altero casu legatum utile est: non quidem ut dominus rem suam velit nolit suo precio vendere cogatur: (nemo enim, utilitate vel necessitate publica non urgentibus, ad hoc constringi potest, *l. invitum 11. l. in vendentis 13. & l. dudum 14. Cod. de contrah. empt.*) Sed ut heres rem alienam à domino, si vendere paratus sit, emat, eamque legatario præstet, vel, si forte eam vendere recuset, aut plus justo precio vendere velit, saltem veram rei legatæ æstimationem exsolvat, *d. §. non solum 4. Instit. de legatis l. si domus 71. §. qui confitetur 3. D. de legat. 1. l. non dubium 14. §. ult. D. de legatis 3.* ita ut hoc legato res non afficiatur vel determinetur, sed tantùm necessitas heredi imponatur adeundi rei dominum, ab eoque rem comparandi, si suo precio vendere paratus sit, vel alioquin æstimationem ejus legatario præstandi. Quod favore ultimæ voluntatis, ut effectum, saltem quem potest, sortiatur, receptum est, *l. cum servus 39. §. constat 7. D. de legatis 1. l. si pecunia 12. l. unum ex familia 67. §. si rem tuam 8. D. de legatis 2.* cum & hoc publicè interesse dicatur, *l. vel negare 5. D. testament. quemad. aperientur.* est enim ea quasi pro lege servanda, *Novell. 22. cap. 2. vers. disponat. c. ultima voluntas caussa 13. quæst. 2.* cum nihil magis hominibus debeatur, quam ut supremæ voluntatis liber sit stylus & licitum quod amplius non redit arbitrium, *l. 1. Cod. de SS. Ecclesiis.* extinctoque corpore, volun-

voluntas adhuc regnet, *Novell. 1. cap. 1. §. exheredatos 4. circa finem & in prin. epilogi.*

Hisce nihil obstat quod lex 12. tabb. tantùm de suo legandi potestatem faciat, *l. verbis* 120. *D. de verb. signif.* Quia qui alienam rem legat, de suo legare censetur: gravat enim heredem ut domino vendere parato precium exsolvat remque legatario tradat; alioquin veram æstimationem præstet.

Si dicas legato dominium acquiri, *§. ult. Instit. per quas personas cuique acquiratur.* Resp. hoc nostro casu procedere si dominus rem suam vendere velit, alioquin ęstimationem tantùm legatario obvenire.

Non objicies quod nemo plus juris in alium transferre possit, quam ipse habeat, *l. traditio* 20. *D. de acquir. rer. domin. l. nemo plus* 54. *D. de reg. juris.* Quia cum dicimus rei alienæ legatum valere, non propterea dominium rei legatę transfertur, sed tantùm heredi necessitas imponitur alterutrius faciendi, quorum jam habita mentio est.

Sed obstat *cap. filius 5. ext. de testamentis*; quod ita sonat: *Filius noster F. conquestus est, quod quondam P. pater suus aliqua Ecclesiæ vestræ sepulturæ suæ gratia juris alieni reliquit, & quidem leges seculi hæc habent ut heres ad solvendum cogatur, si auctor ejus rem legaverat alienam, sed quia lege Dei, non autem lege hujus seculi vivimus, valde mihi videtur injustum, ut res tibi legatæ, quæ cujusque Ecclesiæ esse perhibentur, à te teneantur, qui aliena restituere debuisti.* Verùm perlectâ integrâ Gregorii Pontificis Epistolâ, quæ reperitur *lib. 7. ad Episcopum Mesalinum.* Resp. in propositâ specie testatorem rem unius Ecclesiæ alteri Ecclesiæ caussâ sepulturæ legasse: Filios heredes instituisse: iisque satis exiguum patrimonium reliquisse: quo casu, æquum est rem ei Ecclesiæ, ad quam spectat, restitui: filiosque satis pauperes æstimatione ejus gravandos non esse: præcipuè, cum

cum sepulturæ caussâ eam testator reliquerit; sepultura autem, præsertim hoc casu, debeat esse gratuita, *Couvarr. in Comment. ad dict. cap. filius. n. 9. Fran. Mantica de conject. ultim. volunt. lib. 9. tit. 10. n. 7. Balduinus ad §. non solum 4. Instit. de legatis. Pachineus lib. 5. contro. cap. 38.* Neque obstat versiculus, *& quidem leges seculi &c.* quia Pontifex leges sæculi in thesi considerat, non autem in hypothesi, præsertim hâc tam speciali, quæ aliquo modo ex pietate & summa prudentia determinanda erat. Si credas Pontificem opinionis errore deceptum putasse rei alienæ legatum legibus seculi ita sustineri, ut eam rem, velit nolit, dominus suo precio vendere teneatur, ipse errabis: Quo enim modo alienæ rei legatum sustineatur, satis ipsi cognitum erat ex *c. si Episcopus 5. causs. 12. quæst. 5.* Deinde ex ipso jure civili ad quod respicit: Præterea quia in *d. cap. filius 5.* pro ratione propter quam à jure civili (saltem prout in genere, & quasi thesi sonat) in hac peculiari hypothesi recedat, non eam adsignet, quod iniquum sit dominum suâ re invitum carere debere, sed heredem ad exsolvendam æstimationem teneri: ita enim ait: *Et quidem leges sæculi hæc habent, ut heres ad solvendum cogatur &c.*

DUBITATIO XLVIII.

An filius fideicommisso gravatus unâ aut duplici deductione utatur?

Filius fideicommisso gravatus unâ tantum deductione utitur, *l. Iubemus 6. in prin. Cod. ad SC. Trebellianum.* Ibi dodrantem restituit; cum utrâque defalcatione factâ semissem tantùm, aut similem hereditatis partem repræsentaret. Dodrantem quoque restituit in *l. liberto 21. §. filium 2. D. de annuis legatis l. filium 24. Cod. famil. ercisc. l. quamquam 10. Cod.*

ad legem Falcidiam l. coheredi 41. §. *quodsi heredem* 3. *D. de vulgar. & pupill. Novell.* 39. *cap.* 1. *ex qua petita est auth. res quæ. Cod. communia de legatis.* Hinc non agit de inofficioso testamento filius qui falcidiam ex legatis detraxit, *l. Papinianus* 8. §. *quarta* 9. *D. de inoffic. testam.* vel Pegasianam ex fructibus, *d. l. Papinianus* 8. §. *unde si quis* 11. vel quartam ex constitutione divi Pii, *d. l. Papinianus* 8. §. *si quis impubes* 15. Hinc patronus petitione Falcidiæ destituitur, qui legis provisione legitimam habet, *l.* 1. §. *penult. D. si cui plus quam &c.* quia duæ lucrativæ caussæ in eundem hominem & eandem rem concurrere non possunt, §. *si res aliena* 6. *Instit. de legatis l. Mævius* 66. §. *duorum* 1. *D. de legatis* 2. Præterea libertas testandi, (quæ olim lege duodecim tabularum maxima erat: quippe cum ea ita cautum esset: *uti quisque legaßit suæ rei, ita ius esto*) nunquam restricta vel limitata fuit, ulli-ve præter testatoris voluntatem aliquid addictum detractum-ve: nisi per expressam legem, Senatusconsultum, vel Principis Constitutionem. Lege concessum est liberis præteritis vel iniquè exheredatis testamentum patris nullum, inofficiosum-ve dicere, *prin. Instit. de exheredat. liberor. l.* 1. *D. de inoffic. testam. Novell.* 115. *cap.* 3. *in prin.* Lege Fusia Caninia modus manumissionibus impositus fuit, *tot. tit. Instit. de lege Fusia Caninia tollenda.* legatis primum lege Furiâ, deinde Voconiâ, *prin. Instit. de lege Falcidia.* Tandem lex Falcidia dodrantem vetuit excedere, *d. prin. Inst. & l.* 1. *D. eod.* quam legem SC. Pegasianum ad fideicommissa tam universalia quam singularia testamento relicta extendit, §. *sed quia heredes* 5. *Instit. de fideicom. hereditat.* Constitutio divi Pii ad fideicommissa ab intestato relicta *l. filiusfam.* 18. *D. ad leg. Falcid.* Divus Severus ad mortis caussa donationes, *l. si mortis* 5. *Cod. ad leg. Falcid.* Antoninus ad donationes inter vivos quæ morte confirmantur, *l. cum hic* 32. §. 1. & 2. *D. de Donat.*

donat. inter vir. & uxor. Justinianus ad mortis caussa capiones ac quasvis ultimas voluntates, *l. pen. Cod. ad leg. Falcid.* qui legitimam quoque auxit, *Novell. 18. & arg. Novell. 39. cap. 1.* At de duabus detractionibus nulla lex, nullum Senatusconsultum, nulla Constitutio est. Quinimo nec ulla ratio: nam liberi qui sine ullo onere legitimam portionem (quæ hodie triens est vel semis, juxta distinctionem Novellę XVIII.) accipiunt, paternam hereditatem proculdubio sunt adituri: impellente insuper naturâ & urgentibus obsequiis quæ liberi parentibus suis debent, *arg. l. velut. 2. D. de Iustitia & jure tot. tit. D. de obsequiis parentibus & patron. præstand.* Quo satisfit rationi ob quam superiores detractiones vulgò concedebantur, *§. sed quia 5. Instit. de fideicommiss. heredit. prin. Instit. de lege Falcidia.* Ac mediocris & sufficiens liberis ea portio visa est: cum videamus quod, si relicta fuerit, utroque jure querelam inofficiosi testamenti excludat, *§. sed hæc ita 3. ult. Instit. de inofficioso testamento. Novell. 18. arg. cap. 1. & 2. ext. de novi operis nuntiatione*, ita ut quemadmodum olim ante Novellam XVIII. una quarta alteram consumebat & in alteram imputabatur, *d. l. Papinianus 8. §. unde si quis 11. §. si quis impubes 15. D. de inoffic. testamento, arg. l. in quartam §. 1. D. ad legem Falcidiam l. quoniam 29. l. scimus 36. in prin. vers. repletionem. Cod. de inofficioso testamento.* Ita hodie filio fideicommisso universali gravato Pegasiana vel Trebellianica quarta ipsi in legitimam imputabitur: hanc enim potius quam illam detrahet, cum hæc per Novellam XVIII. aucta sit, non illa.

Objicies quod legitima portio fideicommisso non contineatur, sed omni modo salva liberis esse debeat, *l. quoniam in prioribus 32. Cod. de inoffic. testam. Novell. 39. cap. 1. in prin.* Resp. quod nostro casu salvam eam filius habeat, licet in eam imputetur Trebellianica, *arg. l. Papinianus 8. §. si quis impubes*

15. D. de inoffic. testam. l. 1. §. ult. D. si cui plus quam per legem Falcid. argumento obligationis alternativæ, *l. plerumque 10. §. ult. D. de jure dotium*, vel correorum *§. pen. Inst. de duobus reis.* Dices legitimam portionem filio quasi æs alienum deberi; ideoque primò deducendam, deinde falcidiam, *l. irritum 8. Cod. ad legem falcidiam, arg. l. si totas 5. Cod. de inofficiosis donat.* Resp. verum æs alienum primò deducendum esse, deinde Falcidiam, *l. in imponenda 6. Cod. ad legem falcidiam, §. ult. Instit. eod.* uti etiam id quod extra bonorum quantitatem est, id est, tempore mortis testatoris in bonis ejus non reperitur, qualis censebatur fundus de quo in *l. pater filium 54. D. ad legem Falcid.* At tale non esse legitimam, sed gratiam quandam, liberalitatem & legis beneficentiam ex defuncti propriis bonis repræsentandam, in quo genere debiti illa deductio sive detractio cessat, *d. l. Papinianus 8. §. si quis impubes 15. D. ad legem Falcid. l. 1. §. ult. D. si cui plus quam per legem Falcidiam &c.*

Objicies quod caussarum conjunctio non impediat separatos earum effectus; imò perinde operentur conjunctæ atque divisæ, *arg. §. affinitatis 6. Institut. de nuptiis.* Resp. quod illud axioma variis modis non procedat; veluti imprimis in hoc nostro casu propter utriusque quartæ imputationem, *d. l. Papinianus 8. §. si quis impubes 15. D. ad legem Falcidiam & d. l. 1. §. fin. D. si cui plus quam per legem &c.*

Dices quod filius non debeat esse deterioris conditionis quam extraneus, imo melioris, propter naturæ & Parentum commune votum, *l. cum ratio 7. in prin. D. de bonis damnatorum l. scripto 7. §. ult. D. si tabulæ Testamenti nullæ extabunt l. nam & si 15. D. de inoffic. testam.* Resp. quod filius deterioris conditionis non sit: quia sicut extraneus, unâ deductione utitur. Quinimò melior in eo filii conditio est, quod hodie legitima portio aucta sit *Novella 18.* Trebellianica autem aucta non

non ſit, ideoque illam præ hâc eligere poterit. Præterea quamvis in plurimis juris articulis melioris conditionis ſint heredes filii, quam extranei: in multis tamen æqualis, & iterum in multis deterioris ſunt: uti patet *ex l. in ſuis 11. in fine D. de liberis & poſthumis l. 1. & 2. Cod. de alendis liberis Nov. 117. cap. 7 ex qua petita eſt auth. ſi pater. Cod. Divortio facto apud quem liberi &c. tot. tit. D. de obſequis parentibus & patron. præſtand. Novell.* 123. *cap. 19. ex qua petita eſt auth. presbyteros. Cod. de Epiſcopis & Clericis.*

Nec verum eſt, filium hoc caſu dupliciter conſiderari: ſcilicet ut filium cui legitima debetur, & extraneum fideicommiſſo gravatum cui permiſſum eſt quartam Trebellianicam detrahere. Quia filius hoc caſu non aliter quam ut à patre in teſtamento vocatus & honoratus attenditur; quamvis, quia filius, à patre vocari & honorari debebat, *prin. Inſtit. de exhered. liberorum.* Quinimo etiamſi duorum perſonam filius ſuſtineret, etiam quoad hoc, ut utraque deductio ipſi competeret; non ideo tamen utrâque uti poſſet, ſed alterutram eligere eâque contentus eſſe deberet, *arg. d. l. Papinianus 8. §. ſiquis impubes* 15. *D. ad legem Falcidiam l. 1. §. ult. D. ſi cui plus quam per legem Falcid.*

Nihil obſtat, *l. quotiens 67. D. ad legem falcidiam.* Nam concedo utramque detractionem competere, ſed dico unam in aliam imputari, *l. id autem 76. §. qua ratione 1. D. ad legem Falcidiam.*

Nihil etiam obſtat, *Novell. 39. cap 1. ex qua ſumpta eſt auth. res quæ. Cod. Communia de legatis.* Ait enim quod ſi legitima ad dotis vel donationis propter nuptias conſtitutionem vel reſtitutionem non ſufficiat, poſſint in ſubſidium bona fideicommiſſo ſubjecta alienari: quia favor dotis vel donationis propter nuptias privato fideicommiſſi negocio præponderat,

d. Novell. 39. cap. 1. arg. l. 1. D. soluto matrimonio l. 2. D. de jure dotium. Unde rectè infertur unam tantùm detractionem fieri posse: cum, si duæ admitterentur, vix esset, ut eæ ad dotis vel donationis propter nuptias constitutionem non sufficerent; nec singulari jure (quod est in dicta Novella 39. cap. 1.) opus fuisset.

Nihil adversantur, *cap. Raynutius* 16. *& cap. Raynaldus* 18. *ext. de testamentis.* Quia fateor in dictis locis filium fideicommisso gravatum duplici deductione uti: Atque ita tempore Innocentii tertii & Gregorii noni Pontificum obtinuisse: & adhuc consuetudine ubique penè servari, *Guido Papæ quæstione* 52. *Neostad. decis.* 17. Nec tamen propterea sequitur jus civile à bono & æquo deviare: cum & aliâ lege major adhuc portio filio servari possit: veluti consuetudine Flandriæ, quâ nulli testari, nisi de triente bonorum suorum permissum est, besse liberis vel etiam aliis successoribus semper reservato: nec tamen propterea quis dixerit jus canonicum, quod semissem tantum liberis addicit, bono & æquo adversari.

DUBITATIO XLIX.

An color qui querelæ inofficiosi testamenti quæritur, veracitati contrarius sit?

CUm Marcianus in *l. 2. D. de inofficioso testamento* dixisset, quod *Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanæ mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. & hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit: sed rectè quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis. nam si verè furiosus esset, vel demens, nullum est testamentum.* Idemque Justinianus *prin. Instit. de inofficioso testam.* Dubitatum scio, num color ille veracitati non adversetur: cum sermo noster esse debeat, Ita,

Ita, Non, Non, *Matth. cap. 5. verſ. 37.* Enimverò ſciendum eſt, quod, qui inofficioſi teſtamenti querelam movet, ipſam veritatem nudè & ſimpliciter profiteatur: ait enim ſe exheredatum vel præteritum eſſe, & allegat *quare exheredari vel præteriri non debuerit*, ut eſt in *l. inofficioſum 3. D. de inoffic. teſtam.* Color autem cujus fit mentio in *d. l. 2. D. & prin. Inſtit. de inoff. teſtam.* magis ad cauſſam primùm introducendi querelam inofficioſi teſtamenti quam querelæ inſtitutionem deinceps faciendam referri debet. Olim enim lege 12. tabb. libera erat undiquaque poteſtas teſtandi patribusfam. conceſſa, *l. verbis* 120. *D. de verb. ſignific.* quæ ſine expreſſâ lege, alio-ve jure, quod pro lege ſervatur, nunquam imminuta vel reſtricta fuit, *arg. prin. Inſtit. de lege Falcidia*, §. 5. *Inſtit. de fideicom. hereditat. l. 18. D. ad leg. Falcid. l. 5. l. pen. Cod. eod. cum ſimilibus.* Pro querela inofficioſi teſtamenti aliquamdiu neque lex, neque ullum aliud ſimile jus ordinatum fuit, *arg. l. non putavit 8. in prin. D. de bonor. poſſeſſ. contra tabb.* cum tamen liberi vivo patre quodammodo rerum paternarum domini eſſe, eoq; defuncto non tam in alienis bonis ſuccedere, quam liberiorem rerum ſuarum adminiſtrationem nanciſci viderentur, *l. in ſuis 11. D. de liberis & poſthumis l. 1. §. largius* 12. *D. de ſucceſſorio edict.* ac proinde iniquum videretur, ſi ſine ullâ cauſſâ, contra naturæ ipſius votum, bonis illis privarentur, *arg. l. cum ratio 7. in prin. D. de bonis damnator.* Quapropter excogitatus fuit titulus (qui hoc loco color dicitur) quo, non obſtante injuſtâ exheredatione vel præteritione, liberi nihilominus ad ſucceſſionem ſuorum parentum admitti poſſent. Titulus ille in eo poſitus fuit, quod rectè quidem factum teſtamentum eſſet; non tamen ex officio pietatis, *d. l. 2. D. & prin. Inſtit. de inoffic. teſtam*, atque ita non quidem à planè furioſo vel demente, ſed quaſi furioſo vel demente ordinatum. Eſt

enim

enim veluti furor quidam & dementiæ ſpecies , relictâ omni naturali propenſione & ſtimulo., in proprios & immerentes liberos ſævire : & ſive ex falſis adverſus eos ſuſpicionibus , ſive temerariis & iniquis odiis, ſive denique novercalibus delinimentis inſtigationibúſque eos iniquè exheredare vel omittere, *l. non eſt 4. D. de inoffic. teſtam.*

DUBITATIO L.

An juſtum ſit fœminas æquo jure partes hereditarias cum maſculis ſortiri?

Bodinus *lib. 5. de rep. cap. 2. num.* 535. ait peſtem civitatibus perniciosiorem accidere nullam potuiſſe , quam quod Juſtinianus Armeniorum legem , quæ non ſolum filias , ſed etiam fœminas omnes ab hereditario jure prohibebat , abrogarit , & fœminas æquo jure partes hereditarias cum maſculis ſortiri voluerit, *Novell.* 21. Verum ab æquitate ipſum deviare ex eo animadvertere licet , quod fœmineum ſexum injuriari, ſit ipſam naturam exhonorare, *d. Novell.* 21. *in præf.* quæ utrumque ſexum in unum eundemque finem edidit, *arg. l. maximum 4. in prin. Cod. de liberis præteritis l. lege duodecim* 14. *D. de legitim. hered.* multaſque mulieres multis viris ad multa præſtantiores (vel Platone teſte) produxit : & maligno interdum fortunæ errore etiam virilis animus muliebre corpus ſortiatur ; ut de Lucretia queritur Valerius Maximus *lib.6. cap.* 1. inveniantùrque fœminæ, quæ virilibus curis fœminarum vitia exuerint, *Tacitus lib. 6. annal.* Virtus quippe nemini præcluſa neque ſexum aut cenſum eligit, *Senec. Epiſt.* 3. Et ita omni ævo repertæ fuêre mulieres, quas natura ſolertes, induſtria literatas , educatio pias, experienta ſapientes fecit.

Movetur Bodinus quod cum fœminæ ubique numero mares

mares vincant,(utpote quæ à bellis,peregrinationibus,aliisque omnibus periculis, quæ viris obeunda, eximantur) necesse est familiarum jura violari, prædia gentilia distrahi & paucissimos esse maximis opibus affluentes, cum eæ ad generos extraneosque transferantur. Resp. nihil interesse, an per filios, an per generos commoditatibus publicis consulatur, & utrum novos lex Curiales faciat, an foveat quos invenit, *l. si quis naturales 3. in fine Cod. de naturalibus liberis.* Ab opibus nec dari, nec ab inopiâ veram nobilitatem adimi,utpotè quæ animo non censu æstimatur : nihil absurdius esse aut perniciosius, quam dignitatem quæstu,ordinem pecuniis, nobilitatem opibus metiri. Reipublicæ interesse matrimonia frequentari; quod evenit ubi bene dotatæ sunt fœminæ, *arg. l. 1. D. soluto matrim. l. 2. D. de jure dotium.* Facilius enim possumus paupertatem laudare, quam ferre : ut inquit Seneca.

DUBITATIO LI.

An leges Caduciariæ justè sublatæ sint?

Legibus Caduciariis, Juliâ inquam & Papiâ Poppæâ, inter varia earundem capita (de quibus Duarenus *lib. 1. Disp. 40.* Lipsius *in comment. ad Tacit. lib. 3. Annal.*) cautum erat: ut qui post vicesimum quintum annum cælibes essent,nihil ex testamento caperent, nisi è proximè junctorum : Orbi verò non nisi dimidium. Quod primum à Constantino, Constantio & Constante Imperatoribus correctum est, *l. 1. Cod. de infirm. pœnis cælibat.* Deinde Justiniano *l.unic.Cod.de Caduc. tollendis.* verùm si Bodino fides, perniciosissimo exemplo *lib.6. de rep. cap. 2. num. 662.* Quod mihi non probatur : cessante enim ratione finali & dispositiva legis & ipsam legem cessare necesse est, utpote deficiente legislatoris intentione, *l.*

adigere 6. §. quamvis 2. D. de jure patronatus l. 2. §. 3. D. ad SC. Velleian. l. non solum 67. §. 1. D. de ritu nuptiarum l. non eo 14. Cod. de procuratoribus l. 1. §. 6. D. de Ædilit. edict. l. ult. D. de rer. divis. Atqui hoc caput in eum potissimum finem rogatum fuit, ut exhaustâ viris bello civili & assiduis cladibus civitate, homines ad matrimonia frequentanda liberosque procreandos, quibus aliquando respublica adversus hostes uti posset, incitarentur. At enim subsequenti tempore, cum mirum in modum populus Romanus denuò auctus esset, hæc ratio cessare incepit. Accedit quod indistinctè omnem sub metu pœnæ ad matrimonium allicere satis inconveniens videatur: præcipuè si qui sint qui dono continentiæ præditi sunt, *arg. 1. ad Corinth. cap. 7. vers. 37.*

DUBITATIO LII.

An æquum sit absolvi, qui rem metu ablatam arbitrio Iudicis restituit?

ACtio quod metus caussâ post annum in simplum datur, *l. item si cum 14. §. 1. D. quod metus caus.* Intra annum, qui metum intulit, si rem metu ablatam arbitrio Judicis non restituat, in quadruplum condemnatur, *d. l. 14. §. in hac actione 3. in fine cum §. seq. D. quod metus caussa §. quadrupli 25. Juncto §. item actio 27. Instit. de action.* si restituat, absolvitur, *d. l. item si 14. §. hæc autem 4. D. quod metus caussa §. item actio 27. Instit. de actionibus.*

Si absolvatur, inquiunt, quæ tum pœna delicti admissi? Respond. quæstionem hanc insubtilem esse. Actio enim, quod metus caussâ, non propter delictum admissum in inferendo metu in quadruplum datur; sed in pœnam duntaxat contumaciæ rei conventi rem metu ablatam ad mandatum Judicis

cis non restituentis, *d. l. item si 14. §. in hac actione 3. in fine D. quod metus caussa §. item actio 27. Instit. de action.* quippe in hac actione non quæritur, utrum is qui convenitur, an alius metum fecit, *d. l. item si 14. §. in hac actione 3. D. quod metus causs. l. non interest 5. Cod. eod. l. sed & ex dolo 15. §. ult. D. de dolo malo.* Ideo autem propter delictum admissum in inferendo metu non datur, quia metus plerumque in personâ quæ metuit sine ullo metum incutientis dolo generatur, *arg. d. l. item si 14. §. 3. D. quod metus caussa l. quia poterat 4. in fine D. ad SC. Trebell.* quem propterea punire iniquum foret, *arg. l. sancimus 22. Cod. de pœnis.* Quod si vis adhibita fuerit, parata est actio ex lege *si quis in tantam 7. Cod. unde vi.* vel interdictum unde vi *§. recuperandæ 6. Instit. de interdictis. tot. tit. Cod. unde vi.* criminalis-ve accusatio ex lege Julia de vi, *tot. tit. D. ad leg. Iul. de vi.* aut actio vi bonorum raptorum, *prin. Instit. de vi bonorum raptorum*; aut alia admisso delicto opposita.

DUBITATIO LIII.

An sufficiens in omni Casu actio ex lege Aquiliâ sit? & an recte non detur in heredem?

IN actione legis Aquiliæ æstimatur, quanti res plurimi fuit vel anno proximo, vel diebus triginta proximis, *prin. & §. capite 13. Instit. de lege Aquilia l. 2. in prin. l. si servus 27. §. tertio 5. D. eod.* Hinc quæritur. Hodie cum damnum datur, res plurimi est: quæ pœna tum damni dati? denique an rectè non detur in heredem? Enimverò sciendum actionem legis Aquiliæ origine & naturâ suâ persecutoriam rei, resarcitoriam damni dati esse, non pœnalem, *l. prætor 7. §. 1. D. de injuriis l. 2. Cod. de lege Aquilia.* si enim naturâ suâ pœnalis esset, cum criminali accusatione ex lege Cornelia de sicariis, aut ulla alia

pœnali

pœnali concurrere eodemque libello cumulari non posset, *l. plura 53. D. de obligat. & action. arg. l. sanctio 41. in fine D. de pœnis l. senatus 14. D. de Accusat.* cum quâ tamen concurrit & cumulatur, *l. ex morte 3. Cod. de lege Aquilia. §. liberum 11. Inst. eod.* Accedit argumentum ex §. *his autem 9. Instit. eod.* in verbis, *quæ transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis æstimaretur.* Enimverò per accidens evenit, ut duobus casibus actio legis Aquiliæ incipiat simul pœnalis esse; adeoque mixta, partim persecutoria rei, partim pœnæ, §. *vi autem bonorum 19. Instit. de action.* Primus est, si res plurimi fuit, vel anno præterito, vel diebus triginta proximis, *d. §. vi autem bonorum 19. Instit. de action.* & hoc est quod voluit Imperator in §. *his autem 9. Instit. de lege Aquilia*, cum ait: *non tanti teneatur, quanti hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit. qua ratione creditum est pœnalem esse hujus legis actionem.* Atqui, quod anno preterito vel proximis triginta diebus res plurimi fuit, accidens est respectu facti ejus qui damnum dedit: unde in *d. §. his autem 9.* dicitur: *sed aliquando.* Ideo autem augmenti illius, cum contigit, ratio habetur, ne nimium damnificetur dominus repræsentatâ ipsi minimâ duntaxat rei æstimatione, *arg. l. pen. D. de condict. triticiar.* & dolus aut culpa damnum dantis non uti æquum est puniatur, §. 2. *Instit. de lege Aquil. l. 44. D. eod.* Secundus casus est, si is qui damnum dedit inficiatus fuit se damnum dedisse, *d §. vi autem bonorum 19. Instit. de action.* quæ & ipsa inficiatio respectu damni dati accidens est. Atque horum accidentium intuitu intelligi debet, *l. inde Neratius 23. §. hanc actionem 8. D. ad leg. Aquil.* cum actionem legis Aquiliæ pœnalem esse, nec ideò in heredem dari dicit: Cur autem actio legis Aquiliæ naturâ suâ persecutoria rei, non etiam pœnæ sit, hæc est, quod licet sæpè propter damnum dolo datum decernatur, atque ideo ex maleficio nasci dicatur, *arg. §. ult. instit.*

de obli-

de obligat. juncto prin. Instit. de obligat. ex delict. attamen quoque propter culpam etiam leviſſimam datur, *§. 2. Instit. de lege Aquilia. & l. 44. D. eod.* nec, ſtrictè loquendo, pœna præſtatur, ubi, non dolus, ſed tantum culpa eſt. Niſi forte ea, quæ ad reip. ſalutem ſpectant objicias, & maximè bellica; in quibus nimia ducum ignavia vel imperitia capitalis eſt, *Ærod. rer. Iud. lib. 2. tit. 10. cap. 1. & 2.* Accedit quod cum actione ex lege Aquilia quævis perſecutoria pœnæ concurrat, *l. 3. Cod. de lege Aquilia cum ſimilibus.*

Ex his facilis eſt ad utramq; difficultatem propoſitam reſponſio: ſcilicet, ſi damnum culpâ duntaxat datum ſit, actionem legis Aquiliæ ſufficientem eſſe: quamvis hodie cum damnum datur res plurimi ſit: nec recte in heredem dari; cum durum eſſet, culpam ſæpe leviſſimam tam acriter vindicari: ſi verò dolo malo damnum datum ſit, actionem legis Aquiliæ rei tantum perſecutoriam eſſe, non pœnæ, ac proinde aliam pœnalem, veluti injuriarum, propter dolum, ei adjungi eodemque in libello cumulari poſſe, *l. qui ſervum 34. in prin. D. de obligat. & action. l. prætor 7. §. 1. D. de injuriis l. 2. l. 3. Cod. de lege Aquilia, cum ſimilibus.* Nec rectè in heredem dari: cum nihil ad eum pervenit; ac ſibi dominus imputare debeat, quod cum defuncto litem ſaltem conteſtatus non fuit, *l. omnes 139. D. de reg. juris, arg. §. non autem 1. Instit. de perpetuis & temp. action. l. omnes 26. l. ſciendum 58. D. de obligat. & action. l. pœnalia 164. D. de reg. juris l. unic. Cod. ex delict. defunct.*

Cæterum Jure Canonico in compenſationem honeſtæ ſepulturæ & ſecuritatem animæ defuncti, ſi non actione aliquâ, ſaltem eccleſiaſticâ cenſurâ heredes, licet cum defuncto lis conteſtata non fuerit, attamen ad reſarciendum damnum teneri videntur, *cap. ult. ext. de ſepulturis. cap. in literis 5. ext. de raptoribus.*

DUBITATIO LIV.

An actio qua Medicus propter imperitiam convenitur, ex delicto sit?

IUdex dolo malo, veluti gratiâ, odio, vel ſordibus corru ptus malè judicans, in delictum incidit, *l. filiusfam.* 15. §. 1 *D. de Iudiciis l. ult. Cod. de pæn. Iud. qui male jud. l.* 3. *&* 4. *D. de lege Iul. repetundar.* At per imperitiam male judicans in quaſi delictum, *prin. Inſtit. de obligat. quæ quaſi ex delicto l.* 5. §. *ſi Iudex* 4. *D. de obligat. & action. l. ult. D. de variis & extraord. cognit.* Ab hoc non differt Medicus, qui non dolo malo, ſed per imperitiam tantùm malè ſecuit, noxium-ve pharmacum præbuit, §. *Imperitia* 7. *Inſtit. de lege Aquil. l.* 7. *in fine. & l. ſeq. in prin. D. ad leg. Aquil.*

Si dicas Medicum ex lege Aquiliâ teneri, *d.* §. *imperitia* 7. Actionem autem ex lege Aquilia ex maleficio eſſe, *prin. Inſtit. de obligat. quæ ex delicto naſc.* Reſp. hoc verum eſſe; cum damnum dolo (quo etiam caſu judex ex delicto tenetur) datum eſt, non cum culpâ, ut noſtro: ne alioquin dicere cogamur damnum vel leviſſimâ culpâ datum delictum eſſe, cum delictum ſine dolo malo committi non dicatur: niſi forte (ut ſupra etiam dixi) delicta militaria excipias. At per legem Aquiliam & dolus & omnis culpa etiam leviſſima vindicatur, *l.* 44. *D. ad legem Aquiliam.* Dicitur autem actio ex lege Aquilia ex maleficio potius quam quaſi ex maleficio eſſe, quia ſæpè propter dolum datur, *l. illud* 32. *in fine prin. D. ad legem Aquiliam.* leges autem iis potius caſibus aptandæ ſunt, qui frequenter & facilè, quam qui rarius contingunt, *l.* 3. *cum ll. ſeqq. D. de legibus.* Omittendum tamen non eſt facilius Medicum ex imperitiâ ſuâ quam judicem teneri: & quæ in hoc levis culpa

eſt

est, in illo sæpius latam esse. Medicus enim artem medendi profitetur, non ita judex, qui nonnunquã invitus judicare cogitur. Quod si hic quoque artem boni & æqui (ut Jurisperiti omnes *l. 1. in prin. & §. 1. D. de Iustitia & jure*) profiteatur: ejus tamen imperitia non tam periculosa quam Medici est: Judex enim superior devolutâ ad eum appellationis caussâ damnum, quod inferior imperitia sua dedit, corrigere potest, &, quæ Advocatis partium desunt, Judex supplere, *tot. tit. Cod. ut quæ desunt advocatis &c.* Quod in medicina vix obtinet.]

DUBITATIO LV.

An æquum sit raptorem in triplum; furem autem manifestum in quadruplum teneri?

FAteor neminem magis alienam rem contrectare quam qui vi rapit, *prin. Instit. de vi bonor. raptor.* ideoque raptorem furem improbum dici, *d. prin. Instit.* & improbiorem *l. 2. §. ceterum 10. D. de vi bonor. rapt.* qui delictum suum publicat, & præter fraudem, vim quoque adhibet: unde etiam publicum crimen committit, *l. 2. §. si in re deposita 24. D. de vi bonor. raptor.* cum fur clam amoveat suumque maleficium celet, *prin. instit. de vi bonor. raptor. in fine.* Fateor quoque eam ob caussam vi bonorum raptorem gravius, quam furem, puniri debere, *d. prin. Instit. de vi bonor. rapt. in fine.* gravius autem non puniri nego: Prætor enim actionem vi bonorum raptorum non introduxit, nisi in eum casum quo non alia quam furti nec manifesti actio competeret, *l. si quis 52. §. ult. D. de furtis & arg. l. 1. D. de vi bonor. raptor. & l. si quis 88. D. de furtis.* In casum, quo actioni furti manifesti locus esse potest, per novam aliquam actionem prospicere noluit, cum illa ipsi sufficiens videbatur; utpote in quadruplum, præter rei ablatæ restitutio-

ſtitutionem vel æſtimationem ejus, competens, *§. pœna 5. juncto §. ult. Inſtit. de obligat. quæ ex delicto naſcunt.* raroque eveniat ut furtum manifeſtum non ſit rapina, & vice verſâ. ut non dicam ſi criminaliter agatur, Judicio publico raptorem teneri, *tot. tit. D. ad leg. Iul. de vi publica. item tot. tit. D. de vi privata.*

Dices ex hâc ſententiâ ſequi aliquem vi bonorum raptorem eſſe poſſe, non tamen furem manifeſtum. Reſp. hoc verum eſſe: ſi enim quis rapuerit in ædibus, in quibus nemo erat, actione vi bonorum raptorum conveniri poteſt; ſed furti non niſi nec manifeſti, *l. ſi quis 52. §. ult. D. de furtis.*

DUBITATIO LVI.

An qui privatam pecuniam in æde ſacrâ depoſitam abſtulit, aut aliud aliquod furtum commiſit, ſacrilegus ſit?

QUi privatam pecuniam in æde ſacra depoſitam aufert, vel aliam rem profanam in loco ſacro furatur, ſacrilegium propriè & ſtrictè loquendo non committit. Quapropter *Divus Severus & Antoninus Caſſio Feſto reſcripſerunt, res privatorum ſi in ædem ſacram depoſitæ ſubreptæ fuerint, furti actionem non ſacrilegii eſſe, l. 5. D. ad legem Iuliam peculatus.* Dicitur enim ſacrilegium, auctore Iſidoro *lib. 10. etymol.* quem refert D. Thomas 2. 2. *quæſt. 99. art. 1.* & Decianus *in tractat. criminal. lib. 6. cap. 14. rub. de ſacrileg. num. 9.* quaſi rei ſacræ legium, id eſt, furtum: hinc ſacrilegus qui ſacra legit, id eſt, furatur. quod etiam probat Paulus: *Sunt autem ſacrilegi, qui publica ſacra compilaverunt, l. ſacrilegi 9. §. 1. D. ad leg. Iuliam peculatus.* Definitur autem ſacrilegium ſacræ rei violatio, *D. Thomas 2. 2. quæſt. 99. art. 1.* quare ejus objectum res ſacra, *d. art. 1. & art. 3.* Præterea *in d. art. 3. ibi reſpondeo dicendum,*

cendum, in fine. species sacrilegii propriè dicti recenset; & subjicit: *Quicunque autem contra quodcunque prædictorum peccat, crimen sacrilegii incurrit.* at nullam ibi mentionem illius casus facit, de quo nobis sermo. Quare Anacletus in *c. qui rapit 17. quæst. 4.* ita ait: *Qui rapit pecuniam proximi sui, iniquitatem operatur, qui autem pecuniam, vel res Ecclesiæ abstulerit, sacrilegium facit.* Accedit Leon. Lessius *de Iustitia & jure lib. 2. cap. 45. Dubit. 2.* cum ait sacrilegium propriè dici injuriam & irreverentiam quæ fit Deo per indignam rerum sacrarum tractationem. Confirmat non parum hanc opinionem quod qui ex loco religioso aliquid non religiosum aufert, in religionem non delinquat, *l. lege Iulia 4. §. non sit 6. D. ad legem Iuliam peculat.* Accedit quod in dubio semper mitior sententia amplectenda sit, *l. semper 56. D. de reg. juris l. 4. D. mandati l. 24. D. de rebus dubiis*, & interpretatione pœnæ molliendæ sint potius quam asperandæ, *l. penult. D. de pœnis.*

Nihil obstat *l. aut facta 16. §. locus 4. D. de pœnis*, cum ait: *Locus facit, ut idem vel furtum vel sacrilegium sit, & capite luendum vel minore supplicio.* Quia cum res profana è loco sacro aufertur & quæritur an furtum commissum sit, vel sacrilegium, investigari debet, an locus violatus fuerit: veluti an effractæ fores vel fenestræ: an verò non fuerit. priori enim casu erit sacrilegium, *l. si quis 10. cum auth. seq. Cod. de Episcopis & Clericis* posteriori duntaxat furtum: & sic locus facit ut idem &c. Confirmatur hæc expositio: quia nemini unquam dubium fuit, quin sacrilegium committat, qui rem Deo consecratam è manu sacerdotis etiam extra locum sacrum eam circumferentis rapit, *arg. d. l. 10. cum auth. seq. Cod. de Episcop. & Cler. l. 1. l. sacrilegi 9. §. 1. D. ad legem Iuliam peculatus*, quod falsum esset, si communis expositio dictæ legis *aut facta 16. §. locus 4.* vera foret.

Eodem modo reſpondeo ad *c. quiſquis. verſ. ſimiliter 17. quæſt.* 4. cum ait: *Similiter ſacrilegium committitur auferendo ſacrum de ſacro, vel non ſacrum de ſacro, vel ſacrum de non ſacro.* Quia cum non ſacrum de ſacro auffertur, ſacrilegium committitur, ſi vel loci ſacri fores aut feneſtræ fractæ, vel aliquis ex venerabili clero, cum reſiſteret, injuriâ affectus fuit, aut aliquid intervenit, quod immediatè ad Dei vel religionis contemptum & irreverentiam facit: hoc enim requiri ut ſacrilegium propriè & in ſpecie committi dicatur; ſufficienter innuit D. Thomas 2.2. *quæſt. 99. art. 2. verſ. reſpondeo dicendum.* quem ſequi videtur Leon. Leſſius *de juſtitia & jure lib. 2. cap. 45. Dubitat.* 2. cum ait: *Propriè tamen accipitur pro violatione rei ſacræ, ſive pro injuria & irreverentia quæ fit Deo indignâ tractatione rei ſacræ.*

Si dicas quod noſtro caſu injuria fiat, & privatis, & Diis privatorum pecuniæ cuſtodibus, utique ſemper futuris infidis, niſi ab eâ ſubripiendâ majore ſupplicio fures coerceantur: uti ex declamatione Sopatri argumentatur Cujacius *lib. 13. obſ. 19.* Reſp. omnibus fermè delictis & privatis & Deo injuriam fieri, neque tamen propterea illa omnia propriè & ſtricte loquendo ſacrilegia vocari: Denique loca ſacra, veluti templa, principaliter extructa non eſſe ut in iis res privatorum cuſtodirentur, ſed ut in iis res divina fieret preceſque ad Deum funderentur: quapropter principaliter & immediate in religionis contemptum nihil fieri, ſi ex iis res privatorum auferantur. Porrò me non negare hoc furtum, maximè ſi extra ordinem agatur, gravius puniri debere, ac illud fortè eſſe quod poſt legem 12. tabb. voluit Cicero *lib. 2. de legibus*, cum ait: *Sacrum ſacro-ve commendatum qui clepſerit, rapſeritque, parricida eſto.* Denique *Sacrilego pœna eſt, neque ei ſoli qui è ſacro abſtulerit, ſed etiam ei, qui ſacro commendatum, quod & nunc multis fit in fanis.* ſed tan-

tùm

tùm quod propriè & strictè loquendo non sit sacrilegium.

Objicit porro Cujacius quod locus sacer præstantior sit pecuniâ, ac proinde par sit ut pecunia loci conditionem sequatur, *d. lib. 13. obs. 19.* Resp. hoc verum fore, si primaria furis intentio esset, non tam privatorum res lucri faciendi caussâ contrectare, quam Deum tentare ac quasi perfidum custodem ludibrio exponere: nec tamen propterea sacrilegium committi; sed præter furtum aliud crimen, quod D. Thomas tentationem vocat *2.2. quæst. 97. art. 1. & seqq.*

Quod idem Cujacius ait, nos non debere pecuniam privatam à sacrâ separare, cum ingrediens templum eo animo fuerit fur, ut sive sacra esset sive profana, quam inveniret, eam auferret. Falsum est: quia nemo præsumi potest peior quam facto suo se ostendit, *arg. cap. dudum. ult. ext. de præsumpt.* & semper in dubiis benigniora præferenda sunt, *l. semper 56. D. de reg. juris & l. 168. D. eod. l. 4. D. mandati*, nec propter suspicionem, etiam vehementem, debeat quis de gravi crimine condemnari, *cap. literas 14. ext. de præsumptionibus.*

DUBITATIO LVII.

An esurienti vel nudo permissum sit furari vel vi rapere id quo necessario indiget?

NON arbitror esurienti vel nudo permissum esse furari vel rapere id quo necessariò indiget: cum tam furtum, *l. 1. §. ult. D. de furtis §. 1. Instit. de obligat. quæ ex delict. nascunt.* quam rapina indistinctè prohibita sit, *tot. tit. D. & Instit. de vi bonorum raptorum.* Accedit juris regula: quod id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non possit, *l. id quod 11. D. de reg. juris.* Cui adstipulatur *cap. si quis. 3. ext. de furtis*, cum ait: *Si quis propter necessitatem famis, aut nuditatis*

furatus fuerit cibaria, vestem vel pecus, pœniteat hebdomadas tres: & si reddiderit, non cogatur jejunare. Si enim licita hæc fuisset ablatio, ecclesiastica censura irrogata non fuisset: Nam quod legitimè factum est, pœnam non meretur, *l.Gracchus* 4. *Cod. ad leg. Iul. de Adulteriis.* Denique in *l. palam* 43. *§. 5. D. de ritu nuptiarum*, hæc verba occurrunt. *Non est ignoscendum ei, quæ obtentu paupertatis turpissimam vitam egit.* quod confirmat *c. itane 32. quæst. 5.* Quinimo aliter posito jure quilibet in vincula conjectus fur facilè asseverabit contrectationem necessitate urgente factam esse: atque ita eveniet ut furari impunè liceat. Sed obstare videtur quod quemadmodum necessitate urgente dominiorum discretio introducta est, §. 2. *Instit. de jure nat. gent. & civil.* ita etiam eâdem denuò tolli queat; cum nihil tam naturale sit, quam eo genere quodque dissolvi, quo colligatum est, *l. nihil tam naturale 35. D. de reg. juris.* hinc vulgò jactari solet: *In necessitate omnia sunt communia.* Verùm respondeo quod necessitas non fuerit caussa dispositiva discretionis dominiorum, sed tantum impulsiva: dispositiva fuit communis omnium hominum consensus: quapropter Justinianus verba sua hoc modo concepit: *Nam usu exigente & humanis necessitatibus, gentes humanæ jura quædam sibi constituerunt, d. §. 2.* At nostro casu consensus domini, cui res sua aufertur, non intervenit, *arg. l. alienum 6. l. falsus* 21. *Cod. de furtis l. placuit 7. Instit. de obligat. quæ ex delict. nascuntur.* Itaque discretio dominiorum legitimo medio introducta fuit, at hæc communio illegitimo; cum fraudulosa alienæ rei contrectatio invito domino facta, jure prohibita sit, *d. l. 1. §. 2. D. de furtis & §. 1. Instit. de vi bonorum raptorum.* Ut omittam quod quamvis ipsa necessitas bona alioquin privata communia redderet; injuria tamen fieret ei cui furtum vel rapina fit; nam cum ipse bono jure id quod habet privatim possideat,

deat, non poteſt ſine injuriâ ipſi ſoli illud extorqueri, ad quod reliqui omnes æquè obſtricti ſunt; præcipuè cum ipſi, poſtquam re ſua carere incepit, nulla pro contingente portione actio adverſus eos tribuatur quibus nihil ſurreptum eſt; atqui abſurdum eſt aliquem injuriam alicui facere, non tamen peccare, ſed jure ſuo uti.

Si dicas quod finis rerum inferiorum ſit, ut hominibus in neceſſitate ſint ſubſidio, & ut homines per illas poſſint vitam ſuam conſervare & tueri; Reſp. hoc verum eſſe; ſed cum ſemel legitimo modo introductum ſit, ut aliud meum aliud tuum eſſet, non poteſt denuò quod meum eſt tuum fieri, vel quod tuum eſt meum; niſi legitimo modo, id eſt, communi illo conſenſu, quo prius effectum fuit ut aliud meum aliud tuum eſſet.

Objicies quod homines in primâ illa rerum omnium diviſione noluerint, neque etiam potuerint à ſe abdicare, quo neceſſario ad conſervationem vitæ indigerent, ac eatenus communionem manſiſſe. Reſp. hoc falſum eſſe: & unumquemque hominem in ſe recepiſſe curam ac ſolicitudinem honeſtis mediis illud quærendi & inveſtigandi quo neceſſario ad conſervandam vitam, opus habet, vel aliquando habiturus eſt.

Ecquid ſi illâ curâ & ſolicitudine nihil proficiat? atque ita eveniat ut in diſcrimen vitæ conjiciatur? Reſp. ipſum debere opem divitum ac eorum qui habent id quo indiget, implorare: ac illos ipſius paupertati ex lege charitatis & miſericordiæ ſubvenire debere, non minus ſi negligant peccaturos, quam illum ſi furaretur vel raperet. Quod innuit Ambroſius *ſermone 81. relatus in c. ſicut. 8. ſub finem diſt. 47.* cum ait: *Neque enim minus eſt criminis habenti tollere, quam cum poſſis & abundes, indigentibus denegare.* Quo etiam ſenſu accipi debet quod ſubjicit: *Eſurientium panis eſt, quem tu detines: nudorum indumentum eſt, quod tu recludis, & miſerorum redemptio eſt, & abſolutio,*

ſolutio, pecunia, quam tu in terram defodis. Si enim credidiſſet propter neceſſitatem ea pauperibus acquiri vel communicari, non præmiſiſſet illa verba, *Neque enim minus eſt criminis &c.* Adjuvatur hæc ſententia per *l. 2. §. cum in eâdem 2. ſub finem D. ad legem Rhodiam de jactu*, cum ait: *Niſi ſi qua conſumendi cauſſa impoſita forent:* (navi ſcilicet, jam in medio mari adverſa tempeſtate depreſſæ) *quo in numero eſſent cibaria: eo magis, quod, ſi quando ea defecerint in navigationem, quod quiſque haberet, in commune conferret.* Non dixiſſet: *quod quiſque haberet, in commune conferret.* ſi neceſſitas ea jam *in commune contuliſſet*. Imò neceſſitas conferre nonpotuit. Quia hæc communicatio non fit à domino ex lege particularis & ſtrictè dictę juſtitię, ſed lege pietatis & miſericordiæ. Quod ex lege particularis & ſtricte dictæ juſtitiæ fieri ab aliquo debet: ſæpe poteſt pro facto reputari; at non quod ex lege pietatis & miſericordiæ. Denique quid in noſtro caſu pro facto reputabitur? non donatio: quia nequidem ex lege charitatis & miſericordiæ cogitur dominus ad ſublevandum inopiam alteri neceſſitate preſſo rem propriam donare: ſed ſatisfacit, ſi modo proximum à calamitate præſenti liberet, vel locando, vel commodando, vel mutuum ipſi dando, ut bene etiam obſervavit Navarrus *in ſuo Manuali cap. 17. num. 60. & ſeqq. nec non tractat. de reditibus Eccleſiaſticis quæſt. 2. monit. 3. Couvarr. in relect. cap. peccatum de reg. jur. lib. 6. §. 1. num. 4.* & ita commodè intelligi poteſt D. Thomas 2. 2. *quæſt. 66. artic. 7.* in verbis: *Sed quia multi ſunt neceſſitatem patientes, & non poteſt ex eadem re omnibus ſubveniri: committitur arbitrio unius cujuſque diſpenſatio propriarum rerum, ut ex eis ſubveniat neceſſitatem patientibus.*

Sed petes, quid ſi neque donando, neque locando, commodando, vel mutuum dando velit dominus inopi & neceſſitate preſſo ſubvenire? Reſp. nequidem hoc caſu furtum aut rapinam

rapinam pauperi concedi debere, sed libertatem duntaxat accipiendi rem quasi mutuo datam, locatam, vel commodatam: ac proinde sub tacita quadam restituendi lege, si ad meliorem aliquando fortunam pervenerit. *Navarrus locis supra citat.* Quod si pressus necessitate fecerit, ignoscendum ei erit quod hoc modo vitam suam redimere voluit, *arg. l. 1. D. de bonis eorum qui ante sentent.* Atqui eo sensu rectè etiam intelligi potest D. Thomas loco supra citato, cum ait: *Si tamen adeò sit evidens & urgens necessitas, ut manifestum sit instanti necessitati de rebus occurrentibus esse subveniendum (puta cum imminet personæ periculum & aliter subveniri non potest) tunc licitè aliquis ex rebus alienis suæ necessitati subvenire, sive manifestè sive occultè sublatis, nec hoc propriè habet rationem furti vel rapinæ.* Certè etiam eodem modo intelliguntur plurimi, qui simpliciter ex hâc caussâ dominium transire scripserunt: scilicet ut transeat veluti ex mutuò: Imò etiam perpetuò & irrevocabiliter: si nempe ad meliorem fortunam inops reversus non fuerit.

Ex quibus facilè constat disparitatis ratio: cur nempe extremâ necessitate urgente possit inops eo, quem dixi, modo sibi prospicere; nullus autem, nequidem ad evitandum mortis periculum extra vinculum conjugale actum matrimonii exercere possit, *l. palam 43. §. 5. D. de ritu nuptiarum c. ita ne 32. quæst. 5.* Nam quæ illi actui inest, vel inesse videtur malitia, per restitutionem ablati, vel saltem, (si inopia non permittat) per sanctum restituendi propositum omninò tollitur: quod de malitiâ, quæ fornicationi vel adulterio inest, nemo dixerit: cum nullam hi actus restitutionem patiantur. *Couvarr. in relect. cap. peccatum. de reg. juris in sexto part. 2. §. 1. num. 5. 6. & 7.* Constat etiam cur inediâ laboranti patri liceat infantem recenter natum distrahere, *l. 2. Cod. de patr. qui filios distr.* cum facilè redimi possit & debeat, *d. l. 2.*

Si

Si dicas quod homicidium ex inevitabili necessitate factum vindictæ legis non subjaceat, *l. ut vim 3. & ibi DD. D. de Iustitia & jure.* Resp. quod ipsa lex invasorem gladio feriat illumque gladium invaso porrigat, quo imminentem sibi mortem avertat; at nulla lex propter unius inopiam alium dominio rei suæ privat.

Nihil obstat *c. discipulos 26. de consecratione. Distinct.* 5. cum ait: *Discipulos cum per segetes transeundo vellerent spicas, & ederent, ipsius Christi vox innocentes vocet, quia coacti fame hoc fecerunt.* Nam cuilibet per sata eunti & esurienti, etiamsi urgens non sit necessitas, permissum est unam alteram-ve spicam decerpere: uti etiam eunti per vineas unum alterum-ve botrum, dummodo secum non ferat, sed statim in viâ vel vineâ commedat, *Deuteron. cap. 23. in fine. D. Thomas* 1. 2. *quæst. 105. art. 2. vers. secundo verò.* Quod post Ripam in *l. damnum colum. 2. D. de damno infecto* confirmat etiam Couvarruvias *in relect. cap. peccatum part. 2. §. 1. num. 3.* & probat totius Orbis consuetudo. Et hæc ratio est, cur discipulis eâ super re nullum à Pharisæis factum fuerit negotium; sed tantum quod hoc facerent Sabbatho; ut constat ex *Matth. cap.* 12.

DUBITATIO LVIII.

An liceat convicianti conviciari?

NOn licet convicianti conviciari; & quasi privatâ auctoritate se ulcisci, *arg. l. non est 176. D. de reg. juris*, non enim relatione criminis, sed innocentiâ rei se purgare solent *l. si qui reus. 5. D. de public. Iudic.* Neque malum pro malo, & (uti expresse dicitur,) convicium pro convicio reddi debet. *1. Petr. cap. 3. vers. 9.* Hæc sententia inter communiter receptas relata est à Zoarezio, *recept. sentent. lit. 1. num. 73. Felin. in cap.*

in cap. dilect. n. 10. de except. & est sententia Angeli & Decii in l. ut vim D. de Iustit. & jure Abbatis in c. 1. ext. de injuriis quos citat Hippolt. Riminaldus ad d. l. ut vim n. 408.

Dices quod adversus arma armis se tueri liceat, *l. ut vim 3. D. de Iustitia & jure.* Ergo & idem circa verba permissum esse debet. Resp. non, ut in repellendâ vi, sic in contumeliâ periculum in mora esse implorandi auxilium Judicis: Præterea vim vi repelli posse: convicium convicio non posse, sed utrimque fieri, & injuriam injuriæ adjici. Dices honorem pari passu cum vitâ ambulare, *arg. l. Iusta 9. D. de manumiss. vindic. l. isti quidem 8. §. 2. D. Quod metus causs.* Resp. æquiparationem illam secundum quid, non absolutè procedere: nostro autem casu, ob rationem diversitatis supra datam, nullo modo.

Objicies quod convicianti liceat reponere: *mentiris*, vel: *calumniaris pessime.* Resp. me hoc concedere; sed expressè negare in eâ repositione ullum convicium esse; cum non ad alium finem quam manifestandam innocentiam sine ullo dolo, (sine quo tamen injuria non committitur) fiat, *l. si non convicii 5. Cod. de injuriis Mynʃ. cent. 5. obs. 17. num. 3. & Grivell. decis. 43.* Eodem modo respondeo ad *l. qui cum major 14. §. si libertus 6. D. de bonis libertorum*, cum ait: *Idem puto, & si ab eo petitus, retorsit in eum crimina. ignoscendum enim est ei, si voluit se ulcisci provocatus.* nullus enim hic fuit dolus, nullus injuriandi animus; imò nequidem accusandi, de quo solo dubitabatur, *arg. d. l. qui cum major 14. in princip. §. 1. & seqq.* cum provocatus à liberto, innocentiam suam duntaxat ostendere voluerit: dicens non se obiecta à Patroni filio crimina, sed ipsum patroni filium ea commisisse, quod multo magis ex eo patet quod in judicio hoc dixerit: idque innuit verbum *ulcisci:* hinc Cato: *Si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus quod cognatus ulciscitur*, id est, lege judicioque. Idem di-

co *ad l. quæ omnia 25. D. de procuratoribus*, in verbis: *si adversarius vel ipse procurator dicat dominum mentiri.* Quia nullus hic dolus, nulla injuriandi ex parte adversarii vel procuratoris intentio: tantùm vult Jurisconsultus, si dominus post litis-contestationem procuratorem revocare velit, justam caussam habere debeat: si aliquam alleget; adversarius autem, vel etiam ipse procurator, dicat caussam illam à Domino confictam esse, nec revera subesse, illa quæstio prætoris cognitionem requirat, *l. post litem 17. D. de procurat.*

Præterea nullus conviciandi animus, nullus dolus, ac proinde nulla injuria à Senatore Catulo commissa fuit, cum ei obloquenti diceret Philippus: *Catule quid latras?* & ipse responderet, *Furem video, Cicero lib. 2. de oratore.* Neque in responsione Demosthenis ad Demadem dicentem, *Me docere vis? Sus Minervam: Atqui*, inquit, *illa Minerva superiori anno in adulterio est deprehensa. Plutarch. in præcept. polit. cap. 16.*

Si dicas nihil ipsum delinquere, qui id agit, non ut alteri, sed ne sibi nocitum sit, *l. 2. §. idem ait 9. D. de aqua & aqua plu. arcend.* Resp. hoc verum esse, modo id legitimè fiat, non dolo, sed sese purgandi caussâ.

DUBITATIO LIX.

An qui actionem Publicianam vel rescissoriam instituit ex speciali permissione prætoris mentiatur?

QUod Justinianus (*in §. sed istæ 4. Instit. de action.* de Publiciana & rescissoria actione tractans) ait: *Plerumque ita permittit prætor in rem agere, ut vel actor dicat se quasi usucepisse, quod non usuceperit: vel ex diverso possessor dicat adversarium suum non usucepisse, quod usuceperit.* Nihil fraudis vel mendacii continet. Quia non ad verba, sed ad vim & effe-
ctum

ctum verborum intentio actoris exigenda est : qui enim Publicianam actionem instituit, non dicit se usucepisse, sed solummodo contendit æquum esse, ut respectu adversarii sui habeatur ac si revera usucepisset : quod innuit vocula *quasi* in textu posita, *ut vel actor dicat se quasi usucepisse*. Præterea qui rescissoriam actionem movet, non negat adversarium usucepisse, sed in libello suo expressè hoc fatetur : verùm duntaxat intendit quod usucapio illa ipsi nocere non debeat & adversario prodesse : sed hic haberi debeat, ac si non usucepisset. Vel, quod eodem recidit: Qui Publicianam actionem instituit non usucepit, scilicet jure civili; habetur tamen jure prætorio ac si revera usucepisset; non quidem absolutè & simplicitur, sed tum solummodo, cum, non cum vero rei domino, sed tertio possessore ipsi negocium est : quare intuitu illius juris quod prætor ipsi tribuit, agere adversus tertium potest, quasi usucepisset, qui tamen jure civili non usucepit. Quod idem è converso in rescissoriâ actione dici potest. Nihil enim absurdi implicat, de uno & eodẽ, diverso respectu, contradictoria prædicare.

DUBITATIO LX.

An propter bonum finem incantationibus magicisque artibus uti liceat?

NEquidem propter bonum finem incantationibus magicisque artibus uti licet, *l. artem 2. Cod. de Maleficis & Mathematicis.* ubi Imperatores Dioclet. & Maxim. *Ars autem Mathematica damnabilis est, & interdicta omnino.* per Mathematicam intelligentes Genethliacam. Idem comprobant textus generaliter & indistinctè concepti, *l. Nemo 5. l. etsi 7. l. ult. Cod. eod.* Quare qui artibus magicis fures detegit, divinationem illicitam exercere & Constitutionibus Principum te-

neri dicitur, *l. Item apud 15. §. si quis astrologus 13. D. de injuriis.* Hinc Tacitus Assyrius: *Quamvis*, inquit, *magicis, & præstigiis, quis utatur ad bonum: tamen punibilis est: non secus ac qui cum latrone fuerit, etiamsi latro non sit, ut socius sceleris punitur. in orat. contr. Græcos.* Quippe non sunt facienda mala, ut inde eveniant bona.

Adeo ut hac in re jus civile neque à divino *Deuteron. cap. 18. vers. 11. Levit. cap. 20. vers. 6.* Neque à Canonico discedat, *c. si quis ariolos. c. si quis clericus & c. auguriis 26. quæst. 5.*

Enimverò constitutio quædam Constantini est in *l. Eorum 4. Cod. de Maleficis & Mathematicis*, quam non solum Interpretes nostri, verum etiam Leo Imperator Orientis *Novell.* 65. malè intellexêre. Prima Constitutionis pars ita se habet: *Eorum est scientia punienda & severißimis merito legibus vindicanda, qui magicis accincti artibus, aut contra salutem hominum moliti, aut pudicos animos ad libidinem deflexisse detegentur.* Altera in his verbis sequitur: *Nullis vero criminationibus implicanda sunt remedia humanis quæsita corporibus, aut in aggrestibus locis innocenter adhibita suffragia, ne maturis vindemiis metuerentur imbres, aut ventis grandinisque lapidatione quaterentur: quibus non cujusquam salus aut æstimatio læderetur, sed quorum proficerent actus ne divina munera & labores hominum sternerentur.* Quippe posterior hæc pars de artibus magicis non loquitur: utpote quę remedia à malignis spiritibus & non humanis corporibus quæsita sunt; ac proinde nec innocenter adhiberi possunt, *d. l. artem 2. l. nemo 5. l. etsi 7. l. ult. Cod. de Maleficis & Mathemat. Deuteron. cap. 18. vers. 11. Levit. cap. 20. vers. 6.* Longe itaque melius est Constantinum Christianæ Religionis cultorem egregium de naturalibus remediis adhibitis, iisq; suffragiis intelligere, quæ in conceptione publicarum precum quas venerabilis Clerus initio veris aut æstatis per sata procedens

dens maxima hominum multitudine concomitante pro benignâ fructuum terræ largitione & conservatione ad Deum omnis boni scaturiginem antiquitùs fundere solebat: aliisq; divini nominis invocationibus, quæ initio nascentis Ecclesiæ à Christianis militibus nonnunquam fiebant, quibus ad stuporem circumpugnantium ethnicorum nunc imbres, nunc grandines, nunc fulmina, nunc alias calamitates in hostes concitabant. De quo post Dionem, Septimium Florum *in apologetico cap.* 5. videatur Alciatus *lib. 3. Dispunct. cap. 8. in fine.*

DUBITATIO LXI.

An ullo jure liceat seipsum occidere?

Seipsum occidere, neque jure divino, *Deut.* 32. *vers. 39. 1. Reg.* 2. *vers.6. Tob.13. vers.* 2. *1. ad Corinth.6. vers.*20. *ad Ephes.* 5. *vers.* 29. neque Canonico *c. si non licet. c. non est. c. placuit* 23. *quæst.* 5. *c. displicet* 23. *quæst. 4. cap. ex parte 11. ext. de sepulturis.* neque naturali vel civili licet. Idque ex eo patet, quod nullo jure alterum occidere permissum sit; multo minus seipsum: cum regula dilectionis proximi sit sui ipsius dilectio, nec magis in se quam alio imaginem Dei violare concessum sit, *arg. Genes. 9. vers. 6.* Quòd boni civis officium sit & suam & reliquorum civium totiusque reipublicę utilitatem promovere, quod non facit, qui rempublicam (cui magis quam sibi nascitur, *l. 1. §. & generaliter. D. de ventre in possess. mit. l. 2. D. de legibus*) membro privat. Quod nemo dominium in membra sua, per consequens, nec in seipsum habeat, *l. liber homo 13. in prin. D. ad leg. Aquil.* Quod qui seipsum interficit scelus committere dicatur, *l. ult. in prin. D. de bonis eorum qui ante sent.* Hinc Darius apud Curtium: *alieno scelere quam meo mori malo.* Quod qui non impatientiâ doloris, aut morbi lu-

ctus-ve alicujus vel alia caussa, sed dolo malo & maxime ex conscientia alicujus delicti sibi violentas manus intulit, nec factum peregit, capite puniendus sit, alias cum ignominia mittendus, *l. si quis 38. §. ult. D. de pœnis l. 6. §. 7. D. de re militari.* Et quamvis hi textus de milite loquantur, qui sacramento Duci suo obstrictus est; eadem tamen ratio in alio quolibet obtinet: militamus enim hic omnes: retinendusq; est animus donec jussu ejus à quo ille nobis est datus ex hâc vitâ demigrandum: non desertores nos esse sed honestam missionem exspectare decet: unde etiam cū morimur dimitti dicimur. Themistius de anima ἀπολύεσθαι τὸν ἀποθνήσκοντα, καὶ τὴν τελευτὴν ἀπόλυσιν καλοῦσιν: *eum qui moritur ajunt dimitti, & mortem dimissionem vocant.* Et Plutarchus de Consolatione: ἕως ἂν ὁ θεὸς αὐτὸς ἀπολύσῃ ἡμᾶς: *Donec Deus ipse nos dimittat.* Accedit quod qui alium vel seipsum castrat, ex lege Cornelia de sicariis teneatur, *l. 4. §. ult. D. ad leg. Corn. de sicariis.* Ergo multo magis qui se ipsum interficit. Quod dominus se ipsum occidere volens, in se ipsum sævire dicatur; possitque à servis suis, sive velit sive nolit, prohiberi, *l. 1. §. si sibi manus 22. D. ad SC. Silanianum.* Quod malus servus creditus sit, qui aliquid facit, quo magis se rebus humanis extrahat, *l. cum autem 23. §. excipitur 3. D. de Ædilitio edicto.* Quod ex auctoritate Aristotelis, qui seipsum occidit, à civitate puniatur & ignominiâ afficiatur, *lib. 5. Ethicor. cap. ult.*

Objicies *l. sed si damnum 9. §. si ipse servus 7. D. de peculio.* ubi Ulpianus de servo loquens ita inquit, *non magis quam si se occiderit, vel præcipitaverit, licet enim etiam servis naturaliter in suum corpus sævire.* Resp. hoc intelligi debere de servis secundum se consideratis, & quidem eodem sensu quo volenti & consentienti nulla fit injuria, *arg. l. cum donationis 34. Cod. de donationibus.* non autem respectu Dei cujus creatura & imago sunt: nec etiam dominorum, quorum conditionem se

ipsos

ipsos occidendo deteriorem faciunt. *Ex doctrin. D. Thomæ 2. 2. quæst. 59. art. 3. ad secundum. & Aristot. lib. 5. Ethic.*

Objicies quod ad majus malum euitandum se ipsum occidere liceat; ut Lucretia ad ignominiam: plures virgines ad stuprum: Numantini ad servitutem effugiendam. Resp. hæc mala longe minora esse, quam se ipsum è medio tollere: sunt enim mala tristia duntaxat seu pœnæ; non autem turpia seu culpæ: ubi se ipsum occidere non tantum malum triste sed etiam turpe est. Denique perpessio stupri violenti non tuum, sed alienum scelus est: at sibi manus inferre tuum, non alienum crimen est, *D. Thomas 2. 2. quæst. 64. art. 5. ad tertium.*

Oppones exemplum Samsonis *Hebr. 11.* Resp. Samsonem morte sua Israëlem vindicasse ex instinctu divino & extraordinario. *ita post S. Augustinum, D. Thomas 2. 2. quæst. 64. art. 5. ad quart.* Itaque imitari non licet; nisi eadem vocatio idemque bonum patriæ & religionis inde oriturum militent. quod etiam de quibusdam sanctis personis quæ sibi ipsis persecutionis tempore manus intulêre, & quarum memoria in historiis celebratur, piè credendum est, *D. Thomas d. loco post Augustinum quem citat.* De Saule, Achitophele, Juda &c. quin in maiora mala irruerint, dubium nullum est: utpote qui hoc pacto etiam spem veniæ à Deo consequendæ sibi præciderunt, *D. Thomas d. loco ad tertium.*

Ad exemplum Curtii facilis responsio: eum nempe ex postulatu fallacis oraculi & vanæ gloriæ appetitu in summum hoc crimen delapsum esse. In omnem eventum non esse facienda mala ut eveniant bona. Dices fortè quod magistratus reos mortis ultimo supplicio afficere possit: Ergo & seipsum, si gravioris alicujus criminis reus sit. Resp. quod aliorum reorum ipse Judex sit; non autem sui ipsius, *D. Thomas d. loco ad secundum.*

Quod

Quod de Razia 2. *Machab.* 14. dicitur, hac ratione tollitur: ſcilicet veram illam fortitudinem non fuiſſe, ſed magis quandam mollitiem animi non valentis mala triſtia ſeu pœnæ ſuſtinere, *Ariſtot. lib. 3. Ethic. cap. 8. Auguſtin. de Civitate Dei lib. 1. cap. 23. circa medium. D. Thomas 2. 2. quæſt. 64. art. 5. ad quintum.* Quod idem de Catone aliiſque ſimilibus dicendum eſt.

DUBITATIO LXII.

An filius patrem, cum ad patriam delendam veniret, impunè occidere poſſit?

MArcellus in *l. 35. D. de religioſ. & ſumpt. funer.* hæc ſcribit: *Minimè majores lugendum putaverunt eum, qui ad patriam delendam, & parentes & liberos interficiendos venerit: quem ſi filius patrem aut pater filium occidiſſet, ſine ſcelere etiam præmio adficiendum, omnes conſtituerunt.* Quæritur an ſatis piè? Ego nullus dubito. Quia & patre & matre & majoribus omnibus pretioſior, auguſtior ſanctiorque eſt patria, *Plato in Critone.* Chari ſunt parentes, chari liberi, propinqui, familiares: ſed omnes omnium charitates patria una complexa eſt, *Cicero 1. de Offic.* Patriæ majeſtati auctoritas parentum vires ſuas ſubjecit, *Valerius Maxim. lib. 5. cap. 6.* Qui ad patriam delendam & parentes & liberos interficiendos venerit, hoſtis eſt patriæ; in hoſtem autem licet quidquid lubet. Defenſio jure naturæ & gentium cuivis competit, *arg. l. ut vim 3. D. de Iuſtitia & jure.* Ergo & filio adverſus patrem perduellem. Magiſtratus non peccat cum patriæ hoſtem ultimo afficit ſupplicio. Ergo nec ille cui eam executionem tribuit, cum non propria ſed à magiſtratu conceſſa poteſtate utatur, *l. 1. §. ult. D. de officio ejus l. more 5. D. de juriſdict.* Hinc Cicero: *Quid ſi tyrannidem occupare*

cupare, si patriam prodere conabitur pater, silebit-ne filius? Imo obsecrabit patrem, ne id faciat. Si nihil proficiet, accusabit, minabitur etiam. ad extremum, si ad perniciem patriæ spectant, patriæ salutem anteponet saluti patris.

Objicies quod patri omnis honos & reverentia ex jure naturæ & gentium debeantur, *l.2. D. de Iustitia & jure.* Resp. juris naturæ & gentium privilegiis indignum esse qui contra illud committit; uti facit perduellis patriæque hostis, *arg. l. auxilium 37. in fine D. de minoribus l. fin. §. si verò postquam* 12. *Cod. de jure deliberandi. l. 1. §. hæc autem 1. D. si fam. furt. fecis. dic.* Denique imbecilliorem obligationem fortiori cedere debere; fortiorem autem eam esse qua patriæ, quam qua patri, præcipuè jam hosti & perduelli, obstricti sumus. Postremo filium patri, qua tali, omnem honorem & reverentiam debere; at nostro casu eum non qua talem, sed ut perduellem & patriæ hostem considerare debere.

Obstat quod quamvis pater impius & legum contemptor sit, pater tamen sit, *Novell.* 12. *cap.* 2. Resp. Novellam loqui de alimentis parenti præstandis, cui lex vitam reliquit; nos autem agere de hoste cui lex alimenta & vitam negat: Deniq; patrem licet hostem & perduellem, patrem quidem respectu generationis esse; at propter scelus patriis beneficiis justè excidere.

Oppones inhonestum esse ei vitam adimere, qui nobis eam post Deum dedit. Resp. ut supra: patrem scilicet hoc loco non qua patrem, sed qua hostem patriæ & perduellem considerari: Alioqui non esset permissum filio, potestatem habenti in homicidas ex lege Dei & hominum animadvertendi, patrem reum punire; alii-ve facultatem exequendi supplicium concedere; quod absurdum foret.

Objicies quod Deorum simulachra parentes: Diis autem nemo nisi væcors & impius resistat. qui parentibus salva pietate

resistere poterimus? Resp. primò Deorum simulachra parentes bonos & probos esse: impios, hostes patriæ & perduelles, non esse. Secundò Diis neminem resistere posse; utpotè semper bonis & justis: quod de parentibus & præcipuè iis de quibus nobis sermo est, dici non potest.

Objicies verba Justini *lib. 16. in prin.* de Antipatro matricida loquentis: *Id factum eo gravius visum omnibus, quod nullum maternæ fraudis vestigium fuit, quanquam in parricidio nulla satis justa causa ad sceleris patrocinia prætexi potest.* Resp. Justinum agere de filio patrem vèl matrem ultrò oppugnante & interficiente: Marcellum autem de filio, adversus patrem perduellem & hostem, patriam defendente. denique Justinum secundùm communes regulas juris loqui; at in perduellionis crimine pleraque singularia esse. Ex quibus omnibus sequitur honestius hic esse vincere, quam cedere vel vinci, patriæque suæ proditorem ac sui quasi homicidam esse.

DUBITATIO LXII.

An quod de filiis perduellis in l. quisquis 5. Cod ad legem Juliam majestatis *dicitur, nimis Crudele sit?*

IMperatores Arcadius & Honorius in *l. quisquis 5. §. 1. Cod. ad leg. Iul. majestat.* de filiis perduellis hæc enuntiant: *Filii verò ejus, quibus vitam Imperatoria specialiter lenitate concedimus, (paterno enim deberent perire supplicio, in quibus paterni, hoc est, hereditarii criminis exempla metuuntur) à materna, vel avita, omnium etiam proximorũ hereditate ac successione habeantur alieni, testamentis extraneorum nihil capiant, sint perpetuo egentes & pauperes, infamia eos paterna semper comitetur, ad nullos prorsus honores, ad nulla sacramenta perveniant: sint postremò tales, ut his perpetua egestate sordentibus, sit & mors solatium & vita*

& vita supplicium. Dubitatur an non nimis crudeliter & inique? Quod nego: primo, quia in filiis paterni, hoc est, hereditarii criminis exempla metuuntur *d. l. quisquis 5. §. 1.* Quod etiam comprobat Salvianus *lib. 1. contra avaritiam. Hinc est quod pænè omnes parentibus suis filii non magis in patrimonio quam in vita succedunt: nec magis facultates paternas sumunt, quam pravitates: ac sic transeuntes semper in mores patrum, ante eorum incipiunt nequitiam quam substantiam possidere. bona enim parentum non nisi mortuis eis possident; viventibus autem adhuc & valentibus mores. Ac sic priusquam in dominio suo habere incipiant res paternas, habent in animis ipsos patres: Et antequam habeant illa, quæ falsò dicuntur bona, ante habent illa, quæ verè probantur mala.* Nec non Virgilius:

Qui viret in foliis venit à radicibus humor
Et patrum in natos abeunt cum semine mores.

Si dicas rationem hanc ab incerto eventu atque exitu rerum desumi; adeoque infirmam esse. Respondeo rationem in certo & justo metu fundatam esse, à quâ rempublicam liberari publicè interest; adeoque firmam esse. Hinc apud Cornel. Tacitum *lib. 14. Annalium* illud Cassii: *Habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publica rependitur.* ubi verba: *ex iniquo*, non absolutè, sed juris duntaxat privati intuitu intelligi debent. Quemadmodum etiam evenit quoties quis necessitate vel utilitate publica urgente re suâ, sive velit sive nolit, carere cogitur, *arg. l. 2. D. de his qui sui vel alieni juris §. ult. Instit. eod. cum simul. l. 2. Cod. pro quibus caussis servi &c.*

Secundò quia reipublicæ interest omnes cives quovis modo ei devinciri. Quod Cicero *lib. sing. Epist. ad Brut. 12.* benè expressit: *Nec me fugit, quam sit acerbum parentum scelera filiorum pænis lui. Sed hoc præclarè legibus comparatum est, ut*

 chari-

charitas liberorum amiciores parentes reipublicæ redderet. Quemadmodum etiam urbis Apostasiæ reæ non solum adulti incolæ sed & infantes in cunis; imò & jumenta & pecora, gladio delenda erant bonaque cætera comburenda: uti etiam Cananæorum sculptilia & luci Diis Gentium dicati: idque non ob culpam ab infantibus, jumentis aut pecoribus, nedum in bonis, sculptilibus & lucis admissam, sed ut ab Apostasia, etiam bonorum amore, posteritatis gratiâ, ducti aliarum urbium cives magis deterrerentur; scelerisque cum memoria, tum novandi ejus, quantum fieri potuit, ansa tolleretur, *Deuteron. cap. 13. vers. 15. & 16. Item cap. 7. vers. 5. & 25. cap. 12. vers. 3. Seld. de jure nat. & gent. lib. 1. cap. 4.*

Tertiò quia perduellis patriæ suæ hostis est: in hostem autem jure gentium licet quidquid lubet. Ipse Adamus, primus homo, scelere suo hostis Dei factus, quam non calamitatem posteris suis intulit? Hostis erat Amalek; ideoq; Dei jussu nulla erga eum utenda clementia erat; sed occidendus cum vir tum mulier, cum puer tum lactans, cum bos tum parva pecus, cum camelus tum asinus quisque *1. Samuel. cap. 15. vers. 3.* Hostes erant Achan *Ios. cap. 7. vers. 14.* & Turbulenti illi, de quibus *Num. cap. 16. vers.* 32. Ideoque cum liberis omnibus, nequidem lactantibus exceptis, deleti. Eoque sensu visitat Deus Calamitatem patrum in liberos, *Exod. cap. 20. vers.* 5. qui propterea lamentantur, *Ierem. lament. cap. 5. vers. 7.* Qui Respondent hæc sacræ paginæ effata ad liberos paterni criminis conscios atque participes restringenda esse, sacris literis abutuntur, manifestamque vim eis ac rationi earum inferunt. Qui dicunt hic de peculiari jussu Dei constare: aliquid ajunt: sed nihil quod ad difficultatem propositam facit. Quæritur enim cum Deus totus Justus, totus bonus, totus misericors sit, an ullo alio jure illa jubere potuit, quam eo quod in nostro casu æquè obtinet? quar-

Quartò sententiæ huic adstipulatur manifesta juris Canonici auctoritas *cap vergentis 10. ext. de hæreticis.* Qui textus est Innocentii, ejus nominis Tertii Pontificis, suo ævo rerum divinarum ac humanarum peritissimi.

Quintò interest reipublicæ crimen perduellionis quam severissimè puniri cunctosque cives ab eo deterreri. Atqui hoc nulla convenientiori supplicii parte evenit, quam eâ, quam rei in filiis & progenie sua luunt; utpote in quorum personâ magis, quam propriâ periclitantur *§. ult. Instit. de noxal. action. l. isti quidem 8. §. ult. D. quod metus caussa.*

Sextò, pœna debet commensurari delicto: at crimen perduellionis toti patriæ, atque adeo cum nocentibus tum Innocentibus, cum Infantibus tum adultis mortem ruinamque minatur, teterrimumque est ex omnibus quæ concipi possunt. quapropter æquum est ut simili quoque supplicio vindicetur.

Septimò, quod justum sit innocentes propter crimen nocentium affici pœnâ, non quidem consideratâ secundum rationem pœnæ, (ita enim non debetur sine peccato) sed consideratâ in quantum est medicina, quæ non solum crimen præteritum sanat; sed etiam à peccato futuro præservat & aliquod bonum promovet. & secundum hoc aliquis interdum punitur sine culpa, non tamen sine caussa, ut nostro casu. *Est doctrina D. Thomæ 2. 2. quæst. 108. art. 4.*

Octavò, quod licet spirituali pœnâ unus homo pro alterius peccato puniri non possit; temporali tamen potest, idque triplici ratione. Primò, quando unus homo temporaliter est res alterius, & ita in pœnam ejus etiã ipse punitur: sicut filii secundum corpus sunt quædam res patris. Alio modo in quantum peccatum unius derivatur in alterum, vel per imitationem, sicut filii imitantur peccata parentum: vel per modum meriti. Tertiò ad commendandam unitatem humanæ societatis, &

ad deteſtationem peccati, dum pœna unius redundat in omnes, quaſi omnes eſſent unum corpus: ut Auguſtinus dicit de peccato Achan. *Doctrina imo etiam verba ſunt D. Thomæ 2. 2. quæſt. 108. art. 4. ad primum.*

Nono, Juſtum eſt innocentem cum nocente ſimul puniri, quoties *bonum unius dependet ex bono alterius: ſicut in crimine læſæ majeſtatis filius amittit hereditatem pro peccato parentis.* verba ſunt D. Thomæ *d. 2. 2. quæſt. 108. art. 4. ad ſecund. in fine.*

Objicies quod ubicunque peccatum nullum, ibi nec pœna eſſe debeat *l. ſi pœna 20. D. de pœnis l. ſancimus 22. Cod. eod.* Reſp. quod noſtro caſu pœna apud reum perduellionis ſit, filios autem de ea in conſequentiam duntaxat participare; & quæ in conſequentiam fiunt non ita attendi ac quæ principaliter, *l. 1. l. quod dicimus 7. in prin. D. de auctorit. & conſenſu tut.* Alioquin nunquam ob ullum ſcelus bona rei filios habentis publicari poſſent, ne liberi ob ſcelus patris paupertate laborent: Imo nequidem pecuniaria pœna infligi, ne poſt mortem patris minus habeant quam aliquin habuiſſent. Filii ex nefario, inceſtuoſo, adulterino alioque legibus damnato coïtu nati eodem jure, quo, qui ex juſtis nuptiis progeniti ſunt, cenſeri deberent. Nunquam tormentum in civitatem obſeſſam vel navem hoſtilem exonerari poſſet: ne fortè infantibus reliquiſque qui nullam bello cauſſam dedere, noceat.

Dices leges pœnarias nocentibus terrori, Innnocentibus præſidio eſſe debere. Denique unumquemque ex ſuo admiſſo ſorti ſubjici, nec alieni criminis ſucceſſorem conſtitui, *l. crimen 26. D. de pœnis.* Reſp. eodem quo ſupra modo: nempe filios non puniri, ſed patrem perduellem tantùm: quamvis per conſequentiam eveniat ut ex patris ſupplicio filiorum quoque conditio deterior reddatur.

Oppones quod neque parentes pro liberis aut liberos pro

paren-

parentibus occidi, ſed unumquemque pro ſuo admiſſo teneri æquum ſit, *Deuteron. cap. 24. verſ. 16.* Reſp. noſtro caſu liberos pro parentibus non teneri, ſed ipſos duntaxat parentes, ut in vita, boniſque ſuis, ita etiam in progenie ſua puniri.

Oppones *lib. 2. Regum cap. 14. verſ. 6. & lib. 2. Chronicor. cap. 25. verſ. 4.* Reſp. ibi de crimine læſæ majeſtatis ſimplici; non autem perduellionis agi, de quo tamen agitur in *d. l. quiſquis 5. & maxime §. 1. Cod. ad legem Iul. majeſtat.* Illud patet cum ex totâ hiſtoriâ, tum ex allegatione legis Moyſis, quæ de pœnâ homicidii, vel etiam ſimplicis criminis læſæ majeſtatis, non autem perduellionis agit. Ut non dicam Judæorum judicialia ad noſtram rempublicam non pertinere *D. Thomas 1. 2. quæſt. 104. art. 3.*

Si objicias Platonem *lib. 9. de legibus.* Objiciam Perſarum, Macedonum, Romanorum aliorumque infinitorum populorum ſtatuta: ita ut Cicero dicere veritus non fuerit hanc perduellis pœnam juris gentium eſſe, *Epiſt. ad Brutum 12.*

Quod Budæus *in annot. ad leg. Iul. Majeſt.* putat hanc noſtram legem per *l. ſancimus 22. Cod. de pœnis* correctam eſſe, erroneum eſt. noſtra enim de liberis loquitur; hæc autem de propinquis, affinibus, familiaribus, in quos aliquando, ſi non jure, ſaltem de facto ſævitum fuerat: verba hæc ſunt. *Sancimus ibi eſſe pœnam, ubi & noxia eſt. Propinquos, notos, familiares, procul à calumnia ſubmovemus: quos reos ſceleris ſocietas non facit: nec enim adfinitas vel amicitia nefarium crimen admittunt &c.* Præterea poſt illam legem *Sancimus 22.* lata adhuc fuit, *l. quando. 10. ne fine Cod. de bonis proſcript.* Quæ liberis quidem damnatorum bona relinquit, ſed læſæ majeſtatis crimine excepto. Ut non dicam correctiones legum non ex obſcuris quibuſdam indiciis, ſed manifeſtis verbis vel rationibus inducendas eſſe, *arg. l. præcipimus in fine Cod. de appellat. l. Sancimus*

mus 27. Cod. de testam. Præcipuè hoc nostro casu, quo ratione juris bene perpensâ nihil immutandum erat.

DUBITATIO LXIV.

An qui jure Romano receptus est tormentorum usus justus sit?

NOn agam de usu tormentorum in plerisque tribunalibus recepto: de quo videri possunt Ægydius Bossius, *tract. crim. tit. de indiciis & considerat. ante torturam cum seqq.* Fran. Bruno *tract. de Indiciis & tortura.* Paulus Grillandus *tract. de quæst. & torm.* Gomezius *tom. 3. var. resol. cap. 13.* Farinacius *tract. de indiciis & tortura* aliique. Tantum mihi in animo est ostendere usum tormentorum jure romano receptum, justum esse. Quod ut apertum fiat observandum primò tormenta apud Romanos pro communi & certo veritatis indagandæ modo agnita non fuisse: ita enim in *l. 1. §. quæstioni 23. D. de quæstionibus* Ulpianus: *Quæstioni fidem non semper, nec tamen nunquam habendam constitutionibus declaratur. etenim res est fragilis, & periculosa, & quæ veritatem fallat. nam plerisque patientia, sive duritia tormentorum ita tormenta contemnunt, ut exprimi eis veritas nullo modo possit. alii tanta sunt impatientia, ut quovis mentiri, quam pati tormenta velint: ita fit, ut etiam vario modo fateantur: ut non tantum se, verum etiam alios criminentur.* Idem in *l. 1. in fine prin. D. eod.* in verbis *neque adeo fidem quæstioni habendam.* Idem affirmat Cicero *in partitionibus.* cum ait: *dolorem fugientes multi in tormentis ementiti persæpè sunt, morique maluerunt falsum fatendo, quam vere inficiando dolere.* Hinc illud Fabii: *mentietur in tormentis qui pati potest, mentietur etiam qui pati non potest.* Et hoc Auctoris ad Herennium 2. *quæstioni credi non oportet quod alius alio sit reticentior in dolore,* quod

quod ingeniosior sit ad comminiscendum. Exempla occurrunt apud Valerium Maxim. *lib. 8. cap. 4.*

Secundò tormentis locum non fuisse, nisi prius de perpetrato delicto manifestè constaret, & accusatus tot tantisque indiciis ex actis & probatis aggravatus esset, ut nihil penè probationi deesse videatur: hinc Ulpianus, *& non esse à quaestionibus incipiendum l. 1. in prin. D. de quaest.* Denique *ad tormenta servorum ita demum venire oportet, cum suspectus est reus. & aliis argumentis ita probationi admovetur, ut sola confessio deesse videatur d. l. 1. §. 1.* Quod multo magis de tormentis liberorum hominum dicendum est. & Paulus: *In ea caussa, in qua nullis reus argumentis urgebatur, tormenta non facile adhibenda sunt: sed instandum accusatori, ut id, quod intendat, comprobet atque convincat, l. unius 18. §. 2. D. eod.* tantundem dicitur in *l. ult. D. & l. 3. Cod. eod.* nec non *l. milites 8. §. 1. eod.* ubi Impp. in hæc verba: *Oportet autem Iudices nec in his criminibus, quæ publicorum judiciorum sunt ad investigationem veritatis à tormentis initium sumere: sed argumentis primum verisimilibus probabilibusque uti. Et si his veluti certis indiciis ducti, investigandæ veritatis gratia ad tormenta putaverint esse veniendum: tunc id demum facere debebunt, si personarum conditio patiatur.* Accedit etiam *l. sicut 17. Cod. ad legem Corn. de falsis.* Adeò ut nequidem unus testis, quamvis præclaræ curiæ honore perfulgiat, sufficiens jure Romano sit, ut quæstio de personâ servilis conditionis haberi possit *l. maritus 20. D. de quæstionibus.* multo sanè minus, ut de homine libero.

Tertiò, quod in modo quæstionis instituendæ Judices valdè circumspecti fuerint; cum oporteat ita quæstionem habere, *ut homo salvus sit vel innocentiæ vel supplicio l. quæstionis 7. D. eod.* nec adhibere tormenta quanta accusator: *sed ut moderatæ rationis temperamenta desiderant, l. de minore 10. §. tormenta 3. D. eod.* Hinc Paulus: *reus*, inquit, *evidentioribus argumentis oppres-*

ſus, repeti in quæſtionem poteſt: maximè ſi in tormenta animum corpuſque duraverit, l. unius 18. §. 1. D. eod. longè enim ſatius eſt nocentem demittere quam innocentem condemnare *l. abſentem 5. in prin. D. de pœnis.*

Quartò, licet de ſervis, etiam in cauſſis civilibus, attamen de liberis hominibus non niſi in criminalibus quæſtio haberi poterat, nec in omnibus criminibus, ſed gravioribus duntaxat. *l. 1. in prin. l. edictum 8. l. divus 9. §. ult. D. de quæſtionbus*, excepto caſu *l. 1. Cod. de natur. liberis*, in quo licet civiliter agatur, attamen liberæ feminæ, ſed viles & abjectæ, torquentur.

Moderato huic Tormentorum uſui, ſanè vetuſtiſſimo, (ad eò ut more majorum eum inventum eſſe Cicero teſtetur) & apud omnes gentes recepto, ac ſummâ cum utilitate optimoque ſucceſſu ſemper uſitato, adeoque neceſſario, *arg. l. ita vulneratus 51. §. ult. D. ad leg. Aquil.* nihil objici poteſt, quominus juſtiſſimus dici queat.

Quod dicunt à naturali æquitate prorſus adhorrere, quenquam cruciari, antequam conſtet nocentem eſſe; cum omnis cruciatus corporis pœna ſit, licet ante ſententiam inferatur; facilè ex eo tollitur, quod præcipuè ſecundo loco dixi: Nam ad tormenta tum primùm deveniebatur, cum ex aliis actis & probatis accuſatus jam pœnè convictus erat; ut nihil præter ipſius confeſſionem deeſſe videretur, *d. l. 1. §. 1. D. de quaſt. & l. milites 8. §. 1. Cod. eod. arg. l. maritus* 20. *D. eod.* quo caſu non magis injuriâ vel pœnâ affici accuſatus dici poteſt, quam cum vir integræ famę & exiſtimationis ob crimen quod commiſiſſe dicitur, manibus lictorum apprehenditur & in carcerem conjicitur, *tot. tit. D. de cuſtodia & exhibit. reorum.* Sanè hic juris rigor (ſi aliquis ſit) utilitate publicâ compenſatur, *arg. l. ita vulneratus 51. §. ult. D. ad leg. Aquiliam.* Alioquin non video quomodo in crimine lęſę majeſtatis, & cum reus convictus de ſociis interrogatur, locus tormentis eſſe poſſit; quibus tamen

caſibus

casibus etiam ab illis admittuntur qui tormenta improbant.

Objiciunt quod in sacris literis nullum quæstionis vestigium reperiatur. Resp. quod præterquam hoc negari possit *Actor. cap. 22. vers. 25. Numer. cap. 5. vers. 13. & seqq.* nihil præsidii in eo argumento sit: cum infinitæ propemodum judiciariæ leges, tam in jure Romanorum, quam etiam aliarum gentium, & quidem justissimæ reperiantur, quarum tamen in sacris literis nulla fit mentio. Satis est quod ex perpetuâ & naturali ratione tormenta in iis non improbentur.

Opponunt ex Augustino *lib. 19. de civitate Dei cap. 6.* & ad eundem locum Ludovico vives. Resp. utrumque de quæstione nimis temere institutâ, atque ita abusu ejus, non autem recto usu loqui.

Dicunt quod falsa plerumque dicendi caussam tormenta præbeant, *l. 1. §. quæstioni 23. D. de quæstion.* Resp. propterea jure Romano pro vero & certo veritatis indagandæ modo agnita non fuisse: ut supra primo loco dixi.

Objiciunt quod modus quæstionis non tam in potestate judicis sit, quam carnificis. Resp. hoc falsum esse: nisi Judex planè stolidus sit.

At inquiunt damnato reo, Judicem adhuc nescire utrum nocentem an innocentem occiderit. Resp. & hoc verum non esse, si quæstio eo quo decet modo habita fuerit; alioquin idem dici posset cum judex quemquam testimonio trium vel plurium testium convictum condemnavit; cum dubitare possit, an non falsi fuerint.

DUBITATIO LXV.

An ab interlocutoriâ sententiâ appellari queat? & an appellatio sit juris gentium?

QUæ à definitivâ fit sententiâ in nobiliori significatu appellatio dicitur, *arg. l. quoniam 21. Cod. de Appellat. l. ult.*

Cod. de ſentent. & interlocut. Ab interlocutione appellari non ſolet, *arg. l. pen. Cod. quorum appellat. non recip. l. 2. Cod. de Epiſcop. audient.* niſi gravamen adferat quod per definitivam reparari nequit, *l. 2. D. de appellat. recip. l. 2. Cod. de Epiſcop. audient.* vel vim definitivæ ſententiæ habeat, *arg. l. ait prætor 7. §. 2. verſ. permittitur. l. minor 32. D. de minoribus.* Ratio hujus jus juris eſt, quia qui appellat propter gravamen appellat, *arg. l. 1. in prin. & §. 3. D. de appellat. l. præfecti 17. D. de minoribus.* quod hic nullum reputatur, *arg. l. 2. D. de appellat. recip. l. 2. Cod. de Epiſcop. audient.* ac proinde appellatio hoc caſu ex malitiâ provenire cenſetur & animo tergiverſandi ac protelandi litem: atqui neque illi indulgendum eſt, *l. in fundo 38. D de rei vindicat.* neque huic; cum interſit reipublicæ lites quam citiſſimè finiri ac determinari, *l. properandum 13. Cod. de Iudiciis.*

Sed jure Canonico ab omni interlocutione, illato vel inferendo gravamine appellare permiſſum eſt, *c. ſuper eo 12. ext. de appell.* Verùm hoc in foro eccleſiaſtico, ne vel ulla gravaminis ſuſpicio indiſcuſſa tranſeat, tantummodò receptum eſt; & præcipuè propter paucitatem litium quæ in illo verterentur; quapropter cum etiam in eo litigia frequentiora fieri inciperent, Concilium Tridentinum juris civilis ordinationem, etiam in Eccleſiaſtico foro, comprobavit, *Seſſ. 24. cap. 20. de reformat. & ſeſſ. 13. cap. 1.*

Placuit nonnullis rationem juris Canonici in eo ponere, quod appellatio ſit juris gentium, ac proinde in nullâ cauſſâ & à nullâ ſententiâ vel gravamine vero vel apparente prohiberi queat. Quod falſum eſſe vel ex Concilii Tridentini mutatione conſtat. Cui accedit quod Princeps delegare cauſſam quamcunque poſſit cum clauſulâ, *appellatione remotâ. l. 1. §. ult. D. à quibus appellare non licet.* Quod ab ipſius Principis ſententiâ appellari nequeat, *l. 1. §. 1. D. à quibus appellare non licet.* quemadmodum nec ab eâ quæ à Senatu dicta, *l. 1. §. 2. D. eod.* vel

à præ-

à præfecto prætorio, *l. à proconsulibus 19. Cod. de appellat. l. unic. Cod. de sentent. præfect. prætor. l. præfecti 17. D. de minoribus.* quæ falsò dicerentur, si appellatio juris gentium esset, *arg. §. pen. instit. de jure nat. gent. & civil. §. ult. inst. de legitima agnat. tutel.* Clarius idem evincit, quod quamvis appellatio antiquissima sit: adeo ut Horatius ad populum appellasse dicatur, & apud plerasque gentes in usu sit; apud nullas tamen obtineat ex communi rationis usu, quod tamen necessarium esset, *arg. §. 1. & 2. Instit. de jure nat. gent. & civili.*

Si dicas appellationem speciem defensionis esse, *arg. l. 1. D. de Appellat.* defensionem autem juris gentium esse, *arg. l. ut vim 3. D. de Iustitia & jure.* Resp. speciem esse defensionis civilis: cum ex jure gentium acquiescere sententiæ Judicis condemnatus deberet.

DUBITATIO LXVI.

An immediate princeps appellari queat? nec ulla frivolæ appellationis pœna?

APpellatio gradatim fieri debet, id est, ad judicem proximè superiorem. quare à judice à prætore vel præside ultrò Princeps appellari nequit, *l. Imperatores 21. in prin. & §. 1. D. de appellat. l. præcipimus 32. Cod. eod. Novell. 23. cap. 3. & 4.* Ratio est, quia Jurisdictiones confundi non debent, *arg. l. nemo. 4. Cod. de Iurisd om. judic. & ibidem glossa in verb. auxilium.* At jure Canonico in caussis ecclesiastici fori vel etiam secularis (quoad eos, qui temporali jurisdictioni Ecclesiæ subsunt,) ad summum Pontificem immediatè, Judicibus mediis omissis, appellare concessum est. *cap. si duobus 7. in prin. cap. de priore 31. cap. ad audientiam 34. cap. dilecti 52. ext. de appellationibus.* Ratio hujus constitutionis omnino singularis est, nec derogat juri civili: ea nempe, quod summus Pontifex ob Apostolicæ sedis prærogativam cum omnibus ordinariis Judicibus

concurrat, *d. cap. si duobus 7. & aliis similibus Concil. Trident. sess. 24. cap. 20. de reformat.* Verùm ne nimium litigatores, sæpè remotiores Christiani orbis partes inhabitantes, aggraventur, si in re fortsitan non magni momenti ad Apostolicam sedem sui juris tuendi caussâ indistinctè venire cogantur, usus appellationi, quæ per ejusmodi saltum interponitur, non facilè deferre solet.

Præterea si perperam provocatores judicium Cognitoris suspendisse deprehendantur, 50. librarum argenti animadversione mulctantur, *l. ab executione 5. in fine Cod. quorum appellat.* Vel infamiâ, si cum appellatio non reciperetur, nihilominus perperam institerint, *l. à Proconsulibus 19. Cod. de appellationibus.* Quæ justè constituta sunt: cum imminuendarum litium favore nec non calumniantium ac tergiversantium odio; tum ne facilè auctoritas rerum judicatarum labefactetur, *arg. d. l. ab executione 5. Cod. quorum appellat. l. 19. Cod. de appellat. l. properandum 13. Cod. de judiciis.* Jus canonicum perperam appellantem in expensas condemnat, nullâ ullius alterius pœnæ mentione factâ, *cap. reprahensibilis 26. ext. de appellationibus.* Sed procedit ex humanitate in caussis ecclesiasticis, cum provocans justam aliquam appellandi caussam habuisse depræhenditur.

DUBITATIO LXVII.

An solæcismi & vitia latinæ compositionis in corpore juris reperiantur?

CUm in *l. æde 4. Cod. locati* ita scriptum esset: *æde quam conductam te habere dicis &c.* putavit Laurentius Valla *cap. 95.* ædem singulari numero pro templo duntaxat, at plurali pro domo usurpari: Verùm pro nostro legislatore militat Cicero in Cluentianâ: *In æde*, inquit, *T. Annii.* nec non Q. Curtius *lib. 5. histor.* in verbis: *stabant ad fores ædis.* Recta quoque constructio est quæ in *l. ex imperfecto 23. D. de legat. 3.* occurrit: *Decet enim tantæ majestati.* Nam *ita nobis decet* Terentius dixit.

dixit. Nomen *licentia* non ſemel in bonam partem noſtri Auctores uſurpant, *l. 3. in fine D. de juriſdict. l. ſi quis in conſcribendo Cod. de pactis l. unic. Cod. ne quis in ſua cauſſa judicet l. qui ſine* 38. *D. de neg. geſt.* Hinc licentia adeundi hereditatem, conficiendi inventarium &c. *l. fin. §. licentia Cod. de jure deliberandi.* Quos perperam damnat Idem Valla *cap.* 100. Nam & Cicero 1. *Offic.* ita locutus eſt: *ut enim pueris non omnem ludendi licentiam damus, ſed eam, quæ ab honeſtis actionibus non ſit aliena &c.* Juſtinianus in §. *in pecudum* 37. *Inſtit. de rer. diviſ.* dixit *gratia hominis*, cum, ut aliqui volunt, *hominis gratia* dicere debuiſſet, *l. in pecudum 28. §. 11. D. de uſuris*, at utrumque benè dici probat Ulpianus, *l. 1. §. Quod ſi patronis 10. D. quarum rerum actio non datur*, in verbis: *libertatis cauſſa onerandæ. Et cauſſa damni infecti* in lege *uſufructu 7. §. 1. D. de uſufructu.* Non malè locutus eſt Ulpianus in *l. ſunt qui 16. in fine D. de re judicata*, cum dixit, *ſocium autem omnium bonorum accipiendum eſt.* Nam & in *l. ult. §. ult. D. de Senatoribus*, ſic habetur: *Senatores autem accipiendum eſt eos &c.* & in vulgatis Codicibus *l. in bello 12. §. facti 2. in fine D. de captivis & poſtlim. reverſ.* hoc modo: *Sed Iuliani ſententiam ſequendum eſt*, licet in florentinis ita legatur, *ſed Iuliani ſententia ſequenda eſt.* Porrò in *l. doli 19. in fine D. de novationibus.* Hæc Pauli verba occurrunt: *& ideo meritò denegandum eſt adverſus eum exceptionem ex perſona debitoris.* quam lectionem probat Cujacius; nec infrequens fuit apud priſcos ejuſmodi loquendi ratio. *Alter* de duobus, at *Alius* de multis dicitur: cum tamen *Alius* de duobus ſæpè in jure noſtro prædicetur Valla *cap. 106.* Sed reſpondet Alciatus *lib. 6. parergon. cap. 10.* Cæſarem ita etiam locutum fuiſſe: *Gallia* inquit *diviſa eſt in partes treis, quarum unam incolunt Belgæ, aliam Aquitani, tertiam Celtæ.* Nec offenditur recta orationis conſtructio per *l. filium 24. Cod. famil. erciſ.* ubi Impp. *filium, quem habentem fundum &c.* nam & ita

Virgi-

Virgilius ſcripſit, *urbem quam ſtatuo, veſtra eſt.* pro *quam urbem ſtatuo &c.* Quemadmodum nec per *l. ſi in duobus 10. D. teſtam. quemad. aper.* ibi: *in duobus exemplariis*, nec per *l. Sempronius 47. D. de legat. 2.* ibi: *Exemplarii cauſſa.* Nam in eodem ſignificatu & exemplar & exemplarium legitur: hinc exemplarium vitioſum apud Plinium *lib. 6.* Quemadmodum lupanar & lupanarium quoque dicitur, *l. palam 43. D. de ritu nuptiarum, l. ancillarum 27. D. de heredit. petit.* Quod deponentia paſſivè aliquando accipiantur, *l. ſi convenerit 18. in prin. D. de pignerat action.* ibi, *Tuenda eſt à prætore hæc conventio l. in teſtamentis 12. D. de reg. juris* ibi, *In teſtamentis plenius voluntates interpretantur. §. non ſolum 4. Inſtit. de legatis*, ibi: *ſi talis ſit res quæ adipiſci non poteſt*, apud veteres quoque Auctores inuſitatum non eſt: ut tutus portus, tuta urbs, *Terent. in Heaut.* Tutum conſilium. Interpretari verbum commune eſſe probat A. Gellius *lib. 15. cap.* 13. ut & verbum adipiſci Plautus in Trin. *non ætate, verùm ingenio adipiſcitur ſapientia.* Longum eſſet ſingula proſequi, quæ à nonnullis petuntur, *ex l. 5. §. his vero D. de his quæ ut indignis l. ſi à domino* 36. *§. 1. D. de petit. heredit. l. & per jusjurandum* 13. *§. ſi is qui. D. de accept. l. ſtipulationes 72. D. de V. O. l. 1. §. divus D. ad leg. Corn. de ſicariis l. inſula 56. §. 1. D. de acq. rer. dom. l. ſi proprietarius* 22. *D. de damno infecto l. 6. in fine D. de ſervit. præd. ruſtic. l.* 1. *D. quod metus cauſſa l. 4. §. 2. & l. 8. §. illud. D. de precario l. in lege 26. D. ad leg. falcid. §. liberis Inſtit. de pupill. ſubſtit. l. 22. §. ſi maritus D. ſoluto matrim. §. item verborum Inſtitut. de V. O. l. ſi ſtipulatio* 19. *l. qui Romæ* 122. *§. coheredes D. eod.* aliiſque paucis, & præter manifeſtas auctoritates hoc Horatii carmine *de arte poëtica* tolli poſſunt.

Multa renaſcentur, quæ jam cecidêre, cadentque
Quæ nunc ſunt in honore vocabula, ſi volet uſus,
Quem penes arbitrium eſt, & vis & norma loquendi.

FINIS.

INDEX DUBITATIONUM

In duobus hiſce libris contentarum.

Lib. I.

DUBITAT.

LIB. II.

DUBITAT.

An

An

INDEX.

FINIS.